

LA NECESARIA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

SUMARIO:I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESTRICCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD AL CAMPO DE LOS INIMPUTABLES EXCLUSIVAMENTE. III. PRECISIONES EN LA BASE FÁCTICA NECESARIA PARA APLICAR LA MEDIDA. IV. LA ADECUACIÓN DEL CATÁLOGO DE MEDIDAS APLICABLES. V. ACERCA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS COLABORADORES DEL TRIBUNAL SENTENCIADOR. VI. LA RECTIFICACIÓN RELATIVA A LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA. VII. LA SOLUCIÓN PARA LOS CONFLICTOS ENTRE LA FINALIDAD ASEGURATIVA Y LA TERAPÉUTICA. VIII. LA INAPLAZABLE INTRODUCCIÓN DE LA MEDIDA DE CARÁCTER CAUTELAR. IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Tengo que agradecer al Consejo General del Poder Judicial y, más en concreto, a la Directora de la presente actividad, la oportunidad que me ofrecen de volver a abordar un tema de tanto interés para mí, como he venido demostrando en estos últimos años, desde el Capítulo correspondiente de mi *Manual de Psiquiatría Legal y Forense* (Ed. La Ley, 3.^a ed., Madrid-2005) o

los Comentarios al Código Penal publicados por la editorial COMARES, hasta las repetidas intervenciones en los programas de formación del propio CGPJ (*La aplicación de las Medidas de Seguridad*, en el Congreso sobre el nuevo Código Penal de 1996, o el trabajo más reciente, a propósito de la Reforma del Código Penal por la LO 15/2003, *Medidas de seguridad: incidencia de las últimas reformas*, en marzo de 2005), pasando por diversas intervenciones en Cursos, Seminarios y Congresos, dirigidos tanto a profesionales del Derecho como a Psiquiatras y Psicólogos.

Pues no puedo negar que, incluso antes de la publicación, hace ya más de diez años, del Código Penal de 1995, las medidas de seguridad son una materia que me ha atraído de manera muy especial.

No obstante, es precisamente a partir de nuestro vigente Texto legal cuando la atención hacia estos instrumentos alternativos, con los que el sistema penal pretende dar respuesta al fenómeno criminal cometido por las personas inimputables, cobra un mayor interés.

Y no podía ser de otra forma pues, como ya tengo dicho en ocasiones anteriores, en el nuevo Código Penal de 1995 se alcanza una regulación de las Medidas de Seguridad que marca, de una vez, la ruptura con las anteriores previsiones legales al respecto, en la línea, en cierta medida, de las nuevas tendencias doctrinales y heredera de muchas de las ideas recogidas en los distintos Proyectos que le preceden.

Ante todo se pretendía, con carácter general *"la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales"*, según proclama su propia Exposición de motivos.

De lo que se deriva, en el caso concreto de las medidas de seguridad, una serie de criterios rectores que, desde la innovación, habrían de inspirar, tanto el propio texto positivo, como la aplicación de las diferentes normas que en él se contienen.

Consecuente con ello es la incorporación de esta materia en el texto punitivo principal y la derogación, formal y definitiva,

de las leyes especiales precedentes dirigidas no sólo a la regulación de la "peligrosidad", más social que criminal (Leyes de Vagos, de Vagos y Maleantes o de Peligrosidad y Rehabilitación Social), sino incluso parte de los restos de la relativa al tratamiento reeducacional de los menores delincuentes o asociales.

De este modo, el régimen general de las medidas de seguridad se aborda, unitaria y sistemáticamente, en el Título IV del Libro I, bajo esa misma denominación: *"De las medidas de seguridad"*, que, a su vez, se distribuye en dos diferentes Capítulos (*"de las medidas de seguridad en general"* y *"de la aplicación de las medidas de seguridad"*), el segundo también dividido en sendas Secciones (*"de las medidas privativas de libertad"* y *"de las medidas no privativas de libertad"*). Todo ello comprendiendo del art. 95 al 108, ambos inclusive.

Semejante novedad, es decir, el tratamiento completo y ordenado de un régimen propio para las medidas de seguridad post-delictuales, además de todo lo que podía suponer en orden al interés mostrado por esta institución y de la trascendencia que el Legislador evidentemente le reconoce, como consecuencia jurídica del delito equiparada a la tradicional pena, nos permite algo tan importante para quienes hemos de encargarnos de la interpretación y aplicación de la norma positiva, como la comprensión sistemática y, con ella, la extracción de una serie de principios de carácter general, que puedan resultar de utilidad para alcanzar una correcta interpretación de los extremos más dudosos para la aplicación de cada medida.

A partir de aquí, el descubrimiento, análisis y desarrollo de los principios de legalidad, reserva jurisdiccional, proporcionalidad, finalidad terapéutica preferente o carácter obligatorio del sometimiento al tratamiento, en relación con el régimen legal de las medidas de seguridad y su inclusión en la norma positiva, inspirada por tales principios, se convierte en una de las tareas ineludibles, a mi juicio, para el estudioso y el práctico del Derecho Penal.

Porque la relevancia de esta cuestión ofrece una dimensión que excede de la mera atención por los autores de hechos des-

critos positivamente como delitos, irresponsables por razón de aquellas alteraciones o anomalías psíquicas, intoxicaciones o síndromes de abstinencia a los que se refieren las tres primeras circunstancias del art. 20 del Código Penal, para extenderse también no sólo a los semi imputables sino, incluso, a áreas tan importantes hoy para el mundo del Derecho como las drogodependencias, con cuyo tratamiento legal, como habremos de ver, tanta relación guardan igualmente las medidas de seguridad.

Hemos definido la medida de seguridad, con carácter general, como *"la consecuencia jurídica aplicable por el órgano jurisdiccional, en sustitución de una pena o conjuntamente con ella, a ciertos individuos, autores de un hecho previsto como infracción criminal, que, por sus especiales características personales, fueren susceptibles de tratamiento terapéutico o reeducador"*.

Sin embargo, también hay que hacer el necesario hincapié en el hecho de que la finalidad de la medida no es exclusivamente el terapéutico. La afirmación de si, en caso de conflicto, la terapia debe de imponerse, como objetivo prioritario sobre otras opciones, es algo que más tarde abordaremos, pero que, en cualquier caso, no puede hacer olvidar la presencia obvia de otras finalidades, en especial, la de aseguramiento de la persona del sujeto que ha evidenciado con el acto criminal su peligrosidad.

Así, siendo uno de los fundamentos indiscutibles de la aplicación de las medidas de seguridad la peligrosidad del sujeto o, como expresamente nos recuerda el art. 95.1 2.^a del Código Penal, el *"...pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos"*, resulta inevitable afirmar que debe de atenderse también a los aspectos de protección de la sociedad, a la hora de buscar un óptimo régimen legal de regulación para este ámbito.

Con tales planteamientos, la primera cuestión versaría acerca del balance que nos presenta la innovadora regulación del Código Penal en su aplicación durante los ya diez años de vigencia que se cumplen, precisamente, en estas fechas.

En este sentido, hemos de comenzar afirmando los frutos indudables que la nueva regulación ha producido, tanto desde el punto de vista de su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, como en relación con los numerosos casos concretos que han venido siendo destinatarios del sistema.

Jueces y Tribunales han comprendido, en mi opinión en un nivel más que aceptable de acierto, el significado y los principios de la institución, en su nuevo tratamiento, así como las posibilidades que ofrece como herramienta alternativa y complementaria al sistema tradicional de penas, y se advierte un esfuerzo fructífero en la aplicación y el desarrollo de las medidas.

Del mismo modo que, a través de ello, son numerosos los supuestos en los que el inimputable autor del hecho se ha visto tratado de una manera mucho más individualizada y específica, con mayor rigor y fundamento en las decisiones que le afectan, a lo largo de estos últimos tiempos.

Por ello no cabe duda alguna al afirmar que el balance, en general, respecto de la utilidad de los preceptos contenidos en el Código, en este terreno, merece ser calificado como positivo.

No obstante, tampoco puede negarse el que, dentro de que toda producción humana es perfeccionable, algunos aspectos de esa regulación contenida en la norma positiva, es francamente mejorable al día de hoy.

De hecho, las páginas que siguen serán un repaso de los argumentos sobre los que apoyo tal afirmación.

En ellas tendremos oportunidad de ver supuestos en los que es la literalidad de la norma la que ha de ser corregida mientras que, en otros, es el propio espíritu y los principios que animaron la voluntad del Legislador los que nos merecen la crítica.

Sirva como el más burdo de los ejemplos, en este momento inicial, la inclusión en el último párrafo del art. 97, con motivo de la Reforma operada por LO 15/2003, de la frase que dice: *"...de la medida de seguridad de la pena privativa de libertad impuesta"*, lo que, obviamente, no es más que un error de redacción no corregido oportunamente, que se ha deslizado en el

texto, y que obligaría a suprimir la expresión "...de la pena...", reponiendo la literalidad de la redacción precedente.

Razones todas ellas, en definitiva, que justifican el propio título y objeto de esta intervención: la necesidad de la reforma de la regulación legal relativa a las medidas de seguridad.

Reforma puntual y parcial, sin duda, puesto que la gran reforma, como ya hemos visto, se produjo precisamente con la aprobación y publicación del Código de 1995, pero reforma, y necesaria, al cabo.

Porque también ha de ponerse de relieve no sólo la escasez de ambición de la reformas que ya ha sufrido el texto originario en alguno de los preceptos que comentamos, sino incluso, lo que es más grave, los errores cometidos por el Legislador con la introducción de esas modificaciones.

Pasemos, por tanto, al examen concreto de los motivos para una posible futura reforma del sistema de medidas de seguridad en nuestra legislación penal, en el bien entendido de que, en modo alguno, se pretende suplantar en la ficción la tarea que en exclusiva incumbe al Legislador, sino, tan sólo, a través del examen de las posibles alternativas a la redacción de los preceptos hoy vigentes, analizar, una vez más, los problemas interpretativos que los mismos suscitan.

II. LA RESTRICCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD AL CAMPO DE LOS INIMPUTABLES EXCLUSIVAMENTE

La primera cuestión que me interesaría suscitar es la referida al ámbito al que deben circunscribirse las medidas de seguridad, en su más recto y exclusivo sentido.

No olvidemos que durante mucho tiempo y, en concreto, hasta el propio Código Penal de 1995 que, en su disposición derogatoria incluye la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1971, las medidas de seguridad, desde nuestra Ley de Vagos del siglo XIX y la posterior Ley de Vagos y Maleantes, bien entrado

el siglo XX, no sólo no se dirigían exclusivamente a los inimputables autores de delitos, sino que incluso debe afirmarse que su objeto específico eran ciertas personas que, no habiendo cometido infracción penal, eran consideradas "peligrosas" para el resto de la sociedad. En ese capítulo se incluían grupos como los ebrios, drogadictos, prostitutas y homosexuales.

Precisamente, una de las más importantes innovaciones que nos traería el nuevo Código Penal no es otra que la de restringir el ámbito de aplicación de las medidas de seguridad, en todo caso y de forma absolutamente exclusiva, a quienes habiendo cometido un hecho descrito en la Ley como delito y constando su peligrosidad, de acuerdo con una Resolución judicial firme como requisito de todo punto indispensable, fueran declarados irresponsables por causa de una circunstancia psíquica de la suficiente relevancia.

Ello ha supuesto una indudable consagración de la fractura entre nuestro actual sistema penal y aquellos planteamientos, más extendidos y con mayor influencia de lo que a veces se reconoce, que partían de la consideración del delincuente como un "enfermo social" en todos los casos, desde donde no había más que un paso para aplicar todo el régimen de medidas, tan aflictivas como las penas aunque no recibieran esta denominación, incluida la privación de libertad, a otros individuos que, aunque no hubieran cometido hecho ilícito alguno, podían ser considerados "enfermos", de acuerdo con los criterios socialmente dominantes.

Pues bien, si me permito traer aquí a colación el recuerdo de tales ideas no es sino por ciertas utilizaciones del término "medida de seguridad" o, más exactamente, "medida" a secas, que parecen ir apareciendo en la actualidad, con extensión a territorios que no son propiamente del que aquí venimos tratando.

No me refiero, obviamente, a la legislación referente a la responsabilidad penal de los menores, en la que tiene perfecto encaje el concepto y la razón de ser de la "medida", en tanto que no podemos olvidar ni que el menor tiene una consideración de

inimputable o, en razón de la edad, en ocasiones semi imputable, ni que el tratamiento más adecuado para abordar la respuesta a sus conductas delictivas pueda considerarse cierta clase específica de "terapia"; en cualquier caso alejada de la mera referencia a la sanción.

En realidad me estoy refiriendo a la consideración como "medidas" de ciertas previsiones legales referidas a grupos de infractores de determinadas características, pero nunca asimilables a los supuestos de inimputabilidad.

Citaré en este caso, sin ánimo de exclusividad, la reforma del art. 468 del Código Penal, producida por la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la Violencia de género, de 28 de Diciembre de 2004, que introduce un párrafo segundo en el que se prevé una sanción especial para quienes quebrantaren no sólo una de las penas contempladas en el art. 48, sino también una medida cautelar "...o de seguridad de la misma naturaleza..." impuestas en el ámbito de la violencia de género.

Máxime cuando esa misma Ley incluye un Capítulo, el IV, que lleva por título "*Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas*", entre las que se incluyen la salida del domicilio, el alejamiento, la suspensión de las comunicaciones, de la patria potestad, custodia de menores, régimen de visitas, etc.

Este fenómeno de extensión del ámbito de las medidas de seguridad, aún cuando inicialmente pudiera aparecer como un mero juego semántico, es para mí, por consiguiente, objeto de cierta preocupación, no sólo por la confusión dogmática que pueda plantear sino porque, y ésto es lo importante, suponga ir abriendo paso a una revisión profunda de las respuestas del sistema penal, recreando la categoría estigmatizante del "enfermo" para ciertos grupos de personas incurso en unas determinadas conductas, incluso antes de una Resolución judicial firme declarativa de la realidad de la comisión del delito.

Por ello, la reforma de nuestra legislación, que en este punto concreto reclamaría, a pesar del claro pronunciamiento ya con-

tenido en el art. 6.1 del vigente Código Penal, cuando dice que: "*Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*", sería la de completar ese precepto, para excluir cualquier clase de dudas, añadiendo la frase "*en todo caso inimputable o con su imputabilidad seriamente disminuida*", referida al sujeto pasivo de la medida, de manera que el texto literalmente diga:

«*Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto, en todo caso inimputable o con su imputabilidad seriamente disminuida, al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito*».

A la vez que el propio Legislador advierta la gravedad y el riesgo de la inclusión del término "medidas de seguridad" en relación con supuestos alejados del campo de la inimputabilidad.

III. PRECISIONES EN LA BASE FÁCTICA NECESARIA PARA APLICAR LA MEDIDA

La primera clara manifestación del principio de legalidad, como eje rector de la regulación de las medidas de seguridad en nuestro sistema, lo constituye la incorporación al Código, en su art. 95, de las bases fácticas para su aplicación.

Así, en dicho precepto se enumeran, como requisitos para ello, a) la comisión de un hecho previsto como delito; b) el pronóstico de peligrosidad respecto del autor del referido hecho; y c) a lo que deberá, además, añadirse la exigencia de que el referido sujeto esté incurso en alguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal del art. 20.1.^a, 2.^a o 3.^a, o sus correspondientes eximentes incompletas (art. 21.1.^a CP).

Estos requisitos de carácter general se ven, a su vez, completados, cuando de la aplicación de la medida de seguridad de internamiento, es decir, aquella que supone privación de libertad, se trate, por otros dos presupuestos imprescindibles, a saber: a) que la pena correspondiente al hecho delictivo cometido fuere privativa de libertad; y b) que esa privación de libertad, aplicada a la medida de seguridad, fuere real y acreditadamente necesaria, en el caso concreto de que se trate.

Semejante concreción legislativa adquiere toda su importante dimensión cuando advertimos que es el equivalente "mutatis mutandi" del brocardo "nullum crimen sine lege", relativo a la exigencia de legalidad imperante para el castigo del sujeto imputable.

Y hay que decir que la literalidad del Código, en este punto, satisface inicialmente con suficiencia las necesidades propias de dicho principio.

A pesar de lo cual, también en este caso la norma positiva creo que puede ser mejorada, con el añadido de ciertas precisiones.

En primer lugar, el Código menciona la comisión de un hecho descrito en la Ley "como delito", lo que ha llevado a la discusión de si aquellas infracciones caracterizadas como simples faltas podrían dar lugar, o no, a la aplicación de una medida de seguridad.

Es antigua mi opinión en el sentido de que sólo los delitos, "stricto sensu", son susceptibles de una respuesta de las características de la medida de seguridad, al menos en los términos y con el contenido con los que hoy figuran éstas en el Código, ya que la posibilidad de aplicación de medida de seguridad a inimputables autores de una Falta, había sido admitida con la legislación anterior a 1995, en Resoluciones como la STS de 31 de marzo de 1993 o el ATC de 14 de marzo de 1994.

No obstante sostengo que hoy, con la mantenida exigencia normativa expresa del requisito de la comisión de "delito", parece imposible el supuesto de medida de seguridad al autor de una

infracción de entidad menor, máxime en el caso del internamiento, con las limitaciones temporales que para el mismo, como más adelante veremos, se establecen, haciendo impensable, con la corta duración de las penas privativas de libertad (de una a seis arrestos de fin de semana) previstas para las Faltas [art. 33.4 d)], el respeto a la principal finalidad terapéutica de tales mecanismos. Además de la escasa "peligrosidad" que la ejecución de una falta suele evidenciar.

Y ésto, aún admitiendo lo discutible de la cuestión que hace que las opiniones al respecto, hoy ya publicadas en la doctrina, no sean, en modo alguno, unánimes (en contra de la opinión expuesta, por ej., la Prof. M.^a del V. SIERRA LÓPEZ o el Magistrado CHOCLÁN MONTALVO).

De modo que considero que tendría que establecerse esa exclusión, de forma explícita, en el meritado art. 95.1 1.^a, que debería, en consecuencia, decir, a fin de evitar tales dudas interpretativas:

«Que el sujeto haya cometido un hecho previsto específicamente como delito, con exclusión de las faltas».

Por otro lado, aún dentro de los requisitos legales para la imposición de la medida de seguridad, hay que recordar cómo una incipiente Jurisprudencia viene abriendo la posibilidad de acudir a este instrumento no sólo en supuestos de plena o incompleta inimputabilidad, sino también para ciertos casos especialmente relevantes de las llamadas atenuantes de contenido psíquico, es decir, aquellas que se alcanzan, por vía del art. 21.6.^a del Código Penal (atenuante analógica), por degradación de los supuestos contemplados en el art. 21.1.^a (eximente incompleta) en relación con el 20.1.^a, 2.^a o 3.^a (eximentes de inimputabilidad).

Es evidente que no en todos los casos en los que se aprecie la concurrencia de estas "atenuantes de carácter psíquico" podrá resultar indicada la medida y que, de serlo, obviamente habría

de hacerse siempre mediante el mecanismo del llamado "sistema vicarial", que contempla el art. 99 y que cubre la posibilidad del cumplimiento de la pena cuando no tuviere el éxito buscado la ejecución de la medida de contenido terapéutico, además de referirse siempre a la aplicación de una medida de internamiento, esto es, que suponga privación de libertad.

Por esa razón, debería acotarse el supuesto tan sólo a aquellos casos en los que esa medida, y el tratamiento que supone, pudiera aportar unos resultados efectivos de cara a la eliminación, o cuando menos sensible reducción, de la potencial peligrosidad del sujeto sometido a ella.

Incluyéndose, por tanto, ciertos trastornos psíquicos, sufridos por el sujeto, que se alojen en las causas de su comportamiento criminal y sean susceptibles de semejante tratamiento terapéutico.

En este sentido es añeja ya la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS de 26 de Octubre de 2001, por ejemplo) que admite la posibilidad de aplicación del art. 104 a los supuestos de atenuante por grave adicción a sustancias psicoactivas.

Por lo que la solución a esta cuestión podría venir dada por incorporar al art. 104 la referencia a estas atenuantes, quedando el precepto, en el inciso inicial de su apartado 1, redactado de la siguiente manera:

«En los supuestos de eximente incompleta o, caso de estar debidamente justificado, incluso de una atenuante, relacionadas con los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los arts. 101, 102 y 103».

Elemento de enorme importancia entre los diferentes presupuestos fácticos necesarios para la imposición de la medida, con carácter general, es el de la "peligrosidad" o pronóstico de comisión de futuros delitos por parte del autor del hecho previsto como infracción penal.

Es indudable la dificultad para precisar absolutamente este "peligroso" concepto que es la "peligrosidad", en conocida expresión de EXNER, que constituye el fundamento mismo de la medida de seguridad, a que se refiere el art. 6 del Código Penal, y que supone precisamente la principal diferencia entre la aplicación del principio de legalidad a la imposición de la pena y a la medida de seguridad, por la inconcreción que se introduce, en este segundo caso, cuando de la determinación de algo tan opinable como un futurible se trata.

Sin embargo, la evitación de ciertas opiniones gravemente peligrosas para la afirmación de ese principio de legalidad en la aplicación de las medidas de seguridad, exige un esfuerzo especial en este caso.

Así, hemos de recordar cómo el propio JIMÉNEZ DE ASUA, contrario a la catalogación normativa de carácter exhaustivo de los supuestos de aplicación de las medidas, afirmaba: "...sólo generalizando la fórmula del estado peligroso puede dar las consecuencias fecundas que deben esperarse para el porvenir en la lucha contra el crimen".

Cuando, en sentido semejante, ya se habían pronunciado además una parte importante de los asistentes a diversos Congresos Internacionales, hasta el de 1910 celebrado en Bruselas, encabezados por PRINS.

Pues bien, la tesis contraria, en aras de reforzar esa garantía de legalidad desde la propia literalidad de la norma positiva, nos llevaría a desear que la actual redacción del art. 95.1 2.ª quedara redactada de la forma siguiente:

«Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse su acreditada peligrosidad, en el sentido de un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos, específica y debidamente motivada por el Tribunal».

Por último, en lo que se refiere a los presupuestos de aplicación de la medida, ya decíamos líneas atrás que el Código incor-

pora dos elementos añadidos cuando de la imposición del internamiento se refiere.

El primero de ellos, la previsión legal de pena privativa de libertad para el hecho delictivo cometido por el inimputable, será objeto de un análisis especial más adelante, cuando estudiemos la vigencia del principio de proporcionalidad, y la interpretación que del mismo hace el Legislador, en esta materia.

Es el segundo, por otra parte, el que, aquí y ahora, nos interesa realmente.

Se trata de la expresión "*...si fuere necesaria...*", que el texto positivo introduce, reiterada en los arts. 101, 102 y 103, como nuevo requisito previo a la aplicación de los respectivos internamientos que en esos preceptos se contemplan.

Que estamos ante un requisito añadido a los anteriormente expuestos no cabe ninguna duda, salvo que entendamos que semejante precisión es una inclusión gratuita y ociosa, lo que, evidentemente, no parece un criterio hermenéutico digno de aceptarse.

El problema surge a la hora de esclarecer a qué ha de referirse esa "necesidad" imprescindible para poder alcanzar el acuerdo de imposición del internamiento.

Y, en este sentido y aunque sea quizá adelantar algo que se comprenderá mucho mejor cuando abordemos el espinoso tema de la relación entre las dos finalidades principales de la medida de seguridad: el interés terapéutico y la neutralización de la peligrosidad del sujeto pasivo de la medida, en mi opinión, hemos de decantarnos porque esa "necesidad" no puede hacer referencia sino a la propia exigencia de la terapia.

Mientras que el requisito de la peligrosidad se encuentra ya indicado, como hemos visto, para la adopción de cualquier medida de seguridad, con carácter genérico, lo que significaría en este momento una inútil redundancia si interpretáramos que a él vuelve a aludir esta referencia literal de la norma, lo cierto es que la eficacia terapéutica de la medida, y más en concreto la seguridad en el seguimiento de las prescripciones terapéuticas propias del

tratamiento, requiere, con frecuencia, un control sobre el sometido a él que no puede efectuarse si no es en un régimen de privación de libertad que propicie ese sometimiento.

Y así, consideraría oportuno precisar, con mayor detalle, que esa "necesidad" no se refiere a otra cosa que a ésta finalidad primordial, debiendo quedar redactadas las respectivas líneas iniciales de los tres referidos preceptos, los arts. 101, 102 y 103, del siguiente tenor:

«Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número.... art. 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria para los fines terapéuticos del correspondiente tratamiento, la medida de internamiento...»

IV. LA ADECUACIÓN DEL CATÁLOGO DE MEDIDAS APLICABLES

Si hay un aspecto de la regulación de las medidas de seguridad en nuestro Código Penal que ha merecido una reprobación generalizada por parte de la doctrina, no es otro que el del catálogo de las medidas de seguridad aplicables por Jueces y Tribunales.

Y lo cierto es que no les faltan razones, en absoluto, a tales críticas generalizadas, aún cuando esa enumeración, tanto por lo que supone de aplicación de la regla tasada ("nulla poena sine lege") respetuosa con el principio de legalidad, como por la riqueza que ofrece la variedad de opciones puestas a disposición del Juzgador, frente al laconismo del art. 8.1.º del Código anterior, en principio cuenta también con el derecho al elogio.

Pero, sin embargo, esa aportación positiva, se vé oscurecida por la enorme confusión y escaso rigor sistemático que se advertía con la lectura comparativa de la redacción original de los arts. 96 y 105 del Código.

El Legislador de 1995 optó por una sistemática que, como ya hemos dicho, resulta compleja e incomprensiblemente confusa,

toda vez que remitía al 105 para completar el listado de las medidas de seguridad que, en principio, eran catalogadas con carácter general en el 96, en tanto que, en aquel precepto, junto con la inclusión de nuevos supuestos de medidas no previstas en el precedente, tales como la sumisión a tratamiento externo, obligación de residir en un lugar determinado, prohibición de acudir a determinados lugares o establecimientos, custodia familiar y sometimiento a programas formativos, etc., también reiteraba algunas de las comprendidas en el 96, cuales eran la prohibición de residencia en un lugar determinado y las privaciones del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o de la licencia o del permiso de armas.

Con lo que las medidas que quedaban con mención exclusiva en el art. 96 eran, además del internamiento, la inhabilitación profesional y la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

—Este caótico tratamiento, con las incorporaciones de nuevas medidas que se han venido produciendo en el art. 105, mediante las reformas de 1 de mayo y 10 de junio de 1999, ha pretendido subsanarse por la LO 15/2003, que suprime la remisión del art. 96 al 105 y sistematiza ya, en su apartado 3, todas las medidas de seguridad no privativas de libertad, además de incorporar la de alejamiento y prohibición de comunicación con la víctima y de acudir a espectáculos deportivos o culturales o de visitar establecimientos de juego.

Lo cierto es que la reforma, en este sentido, ha sido positiva, pero insuficiente y criticable, toda vez que no ha resuelto el tradicional objeto de censura, relativo a la inclusión, como medidas de seguridad, de supuestos que, por su propia naturaleza, no han de tener ese carácter, a la vez que agrava seriamente la situación de los ciudadanos extranjeros inimputables no residentes legalmente en España.

Comenzando por la segunda de tales cuestiones, ya tuvimos oportunidad de poner de relieve en una ocasión precedente cómo, mientras que anteriormente, para adoptar la decisión de expulsión

del territorio nacional del extranjero, al igual que para la aplicación de la medida de inhabilitación profesional, era preciso que el hecho cometido estuviera castigado con pena privativa de libertad, puesto que el art. 95.2 sólo permitía excluir ese requisito para la imposición de las medidas contempladas en el antiguo 105, entre las que no se encontraban éstas, en la actualidad, tras la reforma que comentamos, semejante posibilidad de aplicación de la medida en todo los supuestos delictivos, se extiende a todas las medidas no privativas de libertad, incorporadas exhaustivamente en el nuevo art. 96.3, al que ahora alude el repetido 95.2.

Lo que nos ha llevado a afirmar que nos encontramos, una vez más, con este interés desmedido del Legislador por buscar como solución legal, para todos aquellos supuestos en los que el inimputable fuere extranjero, la "medida" de expulsión del territorio nacional, sin consideración alguna por la finalidad terapéutica de esta institución.

En cualquier caso, como adelantábamos hace un momento, tampoco ha cumplido la reforma con esa esperanza de "depuración" del catálogo de medidas de seguridad tan insistentemente demandada.

De entre los supuestos actuales, lo cierto es que si atendemos a la finalidad terapéutica de la medida, que es la que realmente justifica su existencia como categoría distinta de la pena, que se bastaría por sí sola para cumplir los objetivos de aseguramiento, incluso respecto del sujeto inimputable, las únicas medidas que cumplen con la naturaleza que les es propia, serían, además del internamiento en sus diferentes hipótesis, la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario y el sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

Viniendo a incorporar también ciertos contenidos de interés terapéutico la custodia familiar o la prohibición de acceso a establecimientos deportivos, culturales, de bebidas alcohólicas o juego.

Pero el resto de las tenidas como "medidas de seguridad" en el extenso catálogo legal, realmente carecen de este carácter, comenzando por las ya mencionadas de la inhabilitación profesional o la expulsión de extranjeros y continuando por todas las restantes, desde las privaciones del derecho a conducir vehículos de motor o la posesión de armas, hasta otras prohibiciones de residencia, aproximación o comunicación con víctimas, etc.

Y no es que sostengamos, evidentemente, que no resulte necesaria la adopción de todos esos mecanismos tendentes a la desactivación de los efectos de la peligrosidad del sujeto. Lo único que pretendo poner de relieve es que su incorporación legal como "medidas de seguridad", más allá del error técnico que supone, genera confusión y, sobre todo, dificulta la comprensión de la esencial dimensión curativa de esta institución.

Además, no tiene sentido, en absoluto, contemplar, como lo hace el art. 105, medidas de seguridad aplicables cuando ya se ha acordado la de internamiento, con la que resultan completamente incompatibles pues ¿cómo se va a seguir un tratamiento externo si se está recluso? O ¿para qué acordar la custodia familiar si el sujeto está ingresado en un establecimiento?

Por todo lo cual creo que debería procederse a una revisión en profundidad de todo este aspecto de la regulación, comenzando con una nueva redacción del art. 96, que presentaría el siguiente contenido:

Art. 96: "1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

- 1.^a El internamiento en centro psiquiátrico.
- 2.^a El internamiento en centro de deshabitación.
- 3.^a El internamiento en centro educativo especial.

3. Son medidas no privativas de libertad:

1.^a La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.

2.^a El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares".

3.^a La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

6.^a La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá, favoreciendo las finalidades terapéuticas del tratamiento prescrito, en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado".

Así mismo, la Sección Segunda, "De las medidas no privativas de libertad", del Capítulo Segundo, del Título IV del Código, quedaría con el siguiente contenido:

Art. 105: "El juez o tribunal, cuando imponga la medida no privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente que el sometido a ella observe una o varias de las siguientes obligaciones o prohibiciones:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

b) Obligación de residir en un lugar determinado.

c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares.

g) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

h) La inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo,

cuando el sujeto haya cometido el hecho delictivo con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él.

2. *Por un tiempo de hasta diez años:*

- a) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*
- b) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores".*

Art. 106 (regreso al texto originario del Código): *"1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.*

2. *El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años".*

Arts. 107 y 108: sin contenido.

Por último, para finalizar este apartado, recordemos el interesante ejemplo de las dudas interpretativas que suscita la elección entre las diferentes medidas susceptibles de aplicación por concurrencia simultánea de distintas eximentes, lo que plantea el juego entre el respeto al principio de legalidad, en la forma y con el carácter con que ha de ser éste interpretado en materia de medidas de seguridad, y el peso de otros principios rectores, en especial el de finalidad terapéutica preferente, del que más adelante nos ocuparemos, que se aborda en la STS de 14 de marzo de 2002, cuando razona:

"Pero, una vez sentado lo anterior, descendiendo al caso concreto que es aquí objeto de análisis, no puede reprochársele al Tribunal que juzgó en la instancia el que, en aras de la búsqueda de una óptima eficacia del tratamiento terapéutico que al recurrente se dis-

pense, opte por aplicar a éste, absuelto a causa de la intoxicación plena que se le reconoce al tiempo de la comisión del hecho enjuiciado (art. 20.2.º CP), el internamiento en Centro Psiquiátrico (art. 101 CP), en lugar del Centro de Deshabitación que, en principio y según el art. 102 del Código Penal, resultaba de aplicación.

Y ello máxime cuando:

a) *Se cumplen todos los restantes presupuestos, ya enunciados, para la imposición de dicha medida, con respeto absoluto a las garantías esenciales requeridas por el consagrado principio de legalidad.*

b) *La Sentencia recurrida justifica, razonablemente, la elección, como más favorable para el éxito del internamiento, de un Centro Psiquiátrico, que haga posible el adecuado tratamiento a otras importantes circunstancias psíquicas que concurren en la personalidad del sometido a él, junto con la acreditada intoxicación, cuales son las de verse afectado también por alcoholismo crónico y un deterioro psicoorgánico importante, derivado de la encefalopatía postraumática, que se incorporan como probadas a la narración de hechos en que la conclusión absolutoria se apoya.*

c) *La recomendación hecha al Tribunal, en este sentido y desde su estricta función procesal de asesoramiento científico, por los Médicos forenses informantes en el acto del Juicio, a que se alude en la Resolución y cuya claridad y contundencia hemos podido comprobar con la lectura de la correspondiente Acta e Informes, haciendo uso de la facultad de examen de las actuaciones que nos otorga el art. 899 de nuestra Ley de ritos.*

d) *Hay que tener presente, así mismo, que el contenido realmente afflictivo de la medida y, por tanto, donde las exigencias del principio de legalidad deben imperar con mayor escrupulo es el de la privación de libertad del sometido a ella, pérdida de libertad que tanto se produce, con cumplimiento de todos los requisitos legales para ello, con la decisión adoptada por la Audiencia como con la interesada en el Recurso, estribando la*

única diferencia entre ambas en las características terapéuticas del Centro de internamiento.

e) Sin que tampoco podamos ignorar la realidad, a que alude el Ministerio Público en su escrito de impugnación del presente Recurso, cuando pone de relieve el hecho de la confusión que en la práctica se produce, en nuestro sistema asistencial encargado de la ejecución de estas medidas, entre los Centros de naturaleza estrictamente psiquiátrica y los dedicados a la deshabitación, pues no hay que olvidar además, en este punto, que el origen de la peligrosidad advertida en el recurrente, explicitada en el acto concreto de carácter delictivo por el que fue juzgado, se aloja tanto en su situación de intoxicación aguda puntual apreciada como en las alteraciones de naturaleza permanente que sufre, por lo que requerirá, para su adecuado tratamiento, a fin de alcanzar los resultados que con la medida se pretende, algo más, desde el punto de vista terapéutico, que la sola deshabitación de su dependencia, al haberse ya cronificado los efectos de ésta, en combinación con sus restantes patologías.

Y todo esto sin perjuicio de que la específica regulación que, como ya vimos, flexibiliza la ejecución de una medida de seguridad semejante, hace posible, en cualquier momento, a la vista de la evolución del tratamiento, la adopción de decisiones que modifiquen, de resultar conveniente, el régimen de la inicialmente impuesta.

Razones las expuestas que nos llevan a concluir en la correcta aplicación efectuada por la Sentencia recurrida de la norma jurídica rectora de esta materia, a la luz de los principios que la inspiran, sin violencia esencial del principio de legalidad y, en consecuencia, a la inadmisión del primero de los motivos en que el Recurso se apoya».

Como solución para estos casos se propone la introducción en el art. 96 de un apartado final que dijera:

"4. En los supuestos de posible aplicación de más de una de las medidas a que se refiere el apartado 1, por concurrencia

de diferentes circunstancias de los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20, el tribunal estará facultado para elegir, entre aquellas, la que a su juicio más se ajuste a las finalidades terapéuticas del caso de que se trate".

V. ACERCA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS COLABORADORES DEL TRIBUNAL SENTENCIADOR

El Código contempla también la presencia de una serie de personas y elementos, diferentes del propio Tribunal sentenciador, fundamentalmente en la aplicación de las medidas.

Se trata de diversas intervenciones de carácter auxiliar que, a lo largo de todo el articulado, aparecen con diferente protagonismo.

Nos referimos al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que informa, controla y hace propuestas [arts. 97, 98 y 105.1 e)], a los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida, que emiten informes (art. 98), a los servicios del Ministerio del Interior o de la Administración Autonómica correspondiente, que también informan sobre el cumplimiento de las medidas no privativas de libertad (art. 105), y a los servicios de asistencia social competentes, que auxilian al tribunal prestando ayuda o auxilio al sometido a la medida (art. 106).

Mientras que se olvida la mención expresa de los asistentes del Tribunal en algo tan esencial como la formación de criterio acerca de la concurrencia de la peligrosidad en el sujeto autor del hecho, a que hace referencia, como requisito básico para la imposición de la medida, el art. 95.1 2.ª.

Sin entrar ahora a debatir sobre la extraordinaria importancia de la cuestión relativa a la escasez de medios para llevar adelante, de forma correcta, el sistema de medidas de seguridad que la norma contempla, ante la carencia de verdaderos "equipos" de especialistas que colaboren tanto en la toma de decisión inicial como en el posterior control de la ejecución e, incluso, en la ejecución misma de la medida, aplicando los tratamientos, progra-

mas formativos, culturales, educativos, profesionales, de educación sexual, etc., que el propio Código contempla, sí que parecería interesante agrupar las diferentes y dispersas menciones que el articulado recoge en orden a las intervenciones de todos estos partícipes, integrándolas en un único precepto, dentro de un nuevo Capítulo III, bajo el epígrafe "*Del auxilio para la aplicación del sistema de medidas de seguridad*", que dijera así:

Art. 107: "1. Para la comprobación de la concurrencia del pronóstico de peligrosidad a que se refiere el art. 95.1 2.ª, el tribunal contará con el informe de un equipo de especialistas en psiquiatría, psicología y criminología que, así mismo, le auxiliará en todas las decisiones contempladas en el art. 97 de este Código.

2. Para la ejecución de las medidas consistentes en tratamientos externos, o las obligaciones de sometimiento a programas formativos, culturales, educativos, profesionales, de educación sexual y otros similares, a que se refieren los arts. 96.3 y 106, el juez o tribunal contará con el auxilio de los servicios competentes de la correspondiente Administración Autonómica.

3. El juez o tribunal encargado de la ejecución de la medida dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medida de seguridad no privativa de libertad".

Art. 108: "El Juez de Vigilancia correspondiente, valorando los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad y el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene, elevará al juez o tribunal encargado de la ejecución, con una periodicidad mínima de un año, informe relativo a la evolución de la medida, formulando propuesta respecto de cualquiera de las posibles alternativas previstas en el art. 97, que deberá ser resuelta, tras un procedimiento contradictorio y en forma motivada, por el juez o tribunal".

el juez refiere!

Simultáneamente habrían de suprimirse las referencias actuales a estos contenidos incluídas en los arts. 97, 98, 105 y 106.

Tan sólo puntualizar finalmente el desagrado que produce la inclusión en la norma sustantiva penal de aspectos de carácter procesal, por otra parte tan poco desarrollados como la referencia al procedimiento para la alteración en el régimen de ejecución de la medida que espero, en breve, ver fuera del Código para integrarse en el futuro de la Ley procesal.

VI. LA RECTIFICACIÓN RELATIVA A LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

Como ya he tenido oportunidad de afirmar en alguna ocasión (*Comentarios al Código Penal*, 2.ª edición, ed. COMARES, Granada 2002) la necesidad, para el ordenamiento jurídico, de encontrar una relación adecuada entre la acción reprobable y la respuesta a la misma, constituye la esencia del denominado "principio de proporcionalidad", de obligada vigencia, también, con respecto a la medida de seguridad.

Aún cuando lo que de especial ofrece el vigente Código Penal en esta materia es que, a diferencia de lo que tradicionalmente (al menos hasta la Reforma de 1983) venía entendiéndose como adecuado, es decir, que el término comparativo para la determinación de la proporcionalidad de la medida aplicable no era sino la peligrosidad del sujeto, por lo que las características de aquella, en especial su duración, debían corresponderse con la gravedad y persistencia de ésta, ahora, en orden a la determinación, tanto de la duración como de la naturaleza misma de la medida, ha de atenderse a la pena prevista para el hecho cometido.

Es decir, que tan sólo en aquellos casos de infracciones castigadas con pena privativa de libertad, podrán aplicarse medidas como la de internamiento y siempre ésta con una duración no superior a la de aquella, al margen de la entidad de la peligrosi-

* dad pronosticada o de la subsistencia de la misma, una vez cumplido dicho plazo (arts. 95.2, 101, 102, 103 y 104).

* Llegando incluso a afirmarse, con carácter general, que "*Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido...*" (art. 6.2 inciso 1.º).

Y no me cansaré de repetir que, a mi juicio, este planteamiento, sin duda provocado por loables intenciones garantistas, plenamente justificadas en reprochables antecedentes en el tratamiento de los internados en nuestra práctica judicial tanto como por la, a veces, inconfesada desconfianza en los propios resultados de los procedimientos terapéuticos, supone, en definitiva, un contrasentido insalvable (excepto quizá en el caso de los semi imputables) entre la naturaleza y el fundamento de la medida de seguridad (la búsqueda de la terapia que elimine la peligrosidad del individuo irresponsable de su acción) y la aplicación sometida a unos límites ajenos por completo a los intereses de la finalidad terapéutica.

De acuerdo con el régimen vigente, si la peligrosidad subsiste, incluso si es mayor, si la enfermedad no ha sido curada o, al menos controlada, incluso si se ha agudizado, la sociedad y el enfermo han de enfrentarse con la dura realidad del "cumplimiento del plazo" y, una vez alcanzado el límite de la correlativa pena privativa de libertad, la medida de internamiento ha de cesar, cualquiera que hubieren sido los resultados alcanzados hasta ese momento con el tratamiento.

Por otra parte la "salida" prevista en la Disposición Adicional 1.ª del Código, a través de la fórmula del "internamiento civil" instado por el Ministerio Fiscal, tímidamente reforzada con la Reforma de la LO 15/2003 que introduce en el art. 104 el apartado 2, que dice: "*Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los arts. 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la Disposición Adicio-*

nal primera de este Código", no puede satisfacernos en modo alguno, no sólo porque la remisión al ámbito jurisdiccional civil pueda hacer perder la referencia de peligrosidad del interno y, sobre todo, que el ingreso en un establecimiento no adaptado a las exigencias de seguridad y adecuado tratamiento para estos enfermos peligrosos puede originar numerosos problemas, entre ellos los de la propia seguridad de los restantes enfermos, sino porque, además, con la publicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en enero de 2000, que sustrae del Código Civil la regulación del internamiento involuntario, la anterior exigencia del control judicial en la finalización de estos internamientos ha desaparecido, de manera que, en la actualidad, la propia y exclusiva decisión de los profesionales del centro de salud mental, sin intervención judicial alguna, puede poner término a lo que en su día fue una medida de seguridad de carácter tanto terapéutico como asegurativo adoptada respecto de un enfermo que ha acreditado ya su peligrosidad con la comisión de un hecho descrito como delito.

En consecuencia, ante semejante situación, no me queda sino proponer, una vez más, la supresión de las limitaciones tanto para la aplicación como para la extensión temporal de la medida de seguridad de internamiento, vinculadas más a la gravedad del hecho, con su correlativa gravedad y duración de la pena, que a los objetivos terapéuticos y asegurativos de las medidas de seguridad.

Máxime cuando la posibilidad del regreso a antiguos e inculcables excesos en el mantenimiento del enfermo en situación de privación de libertad, hoy quedaría evitada por el contenido del art. 97 del Código y la obligación que en él se establece de un pronunciamiento, expreso, debidamente motivado y cuando menos anual, del juez o tribunal que impuso la medida, tras oír la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria y los informes de los especialistas, en el seno de un procedimiento contradictorio, que permite por tanto el pleno ejercicio de la defensa del internado.

VII. LA SOLUCIÓN PARA LOS CONFLICTOS ENTRE LA FINALIDAD ASEgurATIVA Y LA TERAPÉUTICA

Un frente de gran importancia abierto en la práctica de la aplicación de las medidas de seguridad es el que se refiere a las dudas suscitadas a propósito de la opción entre la finalidad terapéutica y la asegurativa, cuando ambas se enfrentan en una decisión concreta a adoptar por los órganos jurisdiccionales.

Puede ocurrir, por ejemplo, que los informes de los especialistas aconsejen, desde un punto de vista estrictamente curativo, la conveniencia, e incluso la necesidad para el adecuado progreso del tratamiento, de la sustitución, en el seno de las previsiones del art. 97, de la medida de internamiento inicialmente acordada por otra de tratamiento externo, que no suponga privación de libertad.

Y puede que también, consultados al respecto los mismos especialistas acerca de la peligrosidad latente en el individuo, éstos manifiesten que sigue ofreciendo un riesgo no desdeñable de nuevos comportamientos ilícitos.

La duda en ese momento, para quien tiene que tomar la decisión de sustitución, o no, de la medida, desde el punto de vista de una interpretación correcta de las previsiones legales, no es otra que la de determinar, dentro del sistema normativo de las medidas de seguridad, a cuál de ambas finalidades, la terapéutica o la asegurativa, ha de otorgarse la preferencia.

El Juez es posible que opte por no acceder a la sustitución, desde poderosas razones de protección de los restantes integrantes de la sociedad, pero eso no quiere decir que haya decidido de acuerdo con el espíritu que inspira la regulación legal.

En efecto. En mi opinión resulta incuestionable que la aplicación de la medida, mientras que se prolongue su duración y cualquiera que fuere la clase que corresponda, ha de regirse por un interés primordialmente terapéutico, bien de modo principal, como en los supuestos de internamiento en los diferentes centros más idóneos para el tratamiento correspondiente o en la

sumisión también a tratamientos en régimen externo, o, accesoriamente, como medidas complementarias o coadyuvantes a esa finalidad principal.

Que la "curación" de la peligrosidad, o de los factores que la originan, es la fundamental, aún cuando no exclusiva, finalidad de la medida no requiere más demostración que los efectos que a los progresos en la misma atribuye el propio Código (arts. 97 y 99, por ejemplo).

La ejecución de la medida impuesta habrá, por tanto, de llevarse a cabo siempre con la mirada puesta en este fin y las interrogantes interpretativas integradas a partir del mismo.

Es por ello por lo que, para evitar esas dudas interpretativas a las que antes hacíamos referencia, consideraría conveniente introducir una frase en el párrafo inicial del art. 97, que definitivamente diga:

«Durante la ejecución de la sentencia, el juez o tribunal sentenciador adoptará, atendiendo de modo preferente a los intereses terapéuticos de la medida, alguna de las siguientes decisiones:...».

VIII. LA INAPLAZABLE INTRODUCCIÓN DE LA MEDIDA DE CARÁCTER CAUTELAR

Permítaseme ya ahora, para concluir, un pequeño excursus por el mundo de las normas procesales, en relación con todo lo que hasta ahora venimos tratando, pero alejado del Derecho sustantivo que era, en principio, objeto de este estudio. Las razones que me empujan a ello creo que lo justifican sobradamente.

Pues la imprevisión legal en cuanto a la existencia de una medida cautelar de internamiento psiquiátrico dentro de nuestro sistema procesal penal es una fuente de problemas que, aunque raramente conduzcan a una verdadera contienda, esencialmente por las características del sujeto privado de libertad sin esa

cobertura legal, no deja de ser tan paradójica como reveladora de cierta desidia legislativa para solucionar estas sencillas cuestiones que, para su desgracia, no trascienden a los titulares de los periódicos.

No se trata, en realidad, de discutir acerca de la mejor ubicación del sujeto, pendiente de ser enjuiciado y preventivamente privado de libertad, ni de analizar el alcance y virtualidad en el momento actual de los arts. 381 a 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el supuesto de que el Instructor advirtiese indicios de enajenación mental en el procesado preso, pues la institución de la prisión provisional, complementada con medidas de humanidad en el trato del posible enfermo, basta para dar cobertura a la situación de privación de libertad, previa al enjuiciamiento.

El verdadero problema se suscita cuando, una vez celebrado el Juicio y hallado el acusado inocente por concurrencia de alguna de las circunstancias de contenido psíquico que eximen de responsabilidad y, por consiguiente, absuelto, pendiente aún de firmeza la Sentencia por haberse interpuesto Recurso contra ella o no haber transcurrido aún el plazo para hacerlo, la situación personal del ABSUELTO sigue siendo la misma que antes de esa Sentencia, es decir, la privación de libertad.

En ese momento no cabe la prórroga de la prisión preventiva, toda vez que la Sentencia no ha sido condenatoria, ni tampoco que pasemos a la ejecución de la medida de internamiento puesto que ese pronunciamiento no es firme, por lo que la respuesta legal, inicialmente, no podría ser otra que la de la puesta en libertad del sujeto hasta que gane la firmeza el internamiento o se confirme, si se confirma y cuando se confirme, por el Tribunal que conozca del Recurso.

Evidentemente no puede ser esa la solución racional (en este caso legalidad y racionalidad son irreconciliables) frente a unos sujetos, enfermos, que han cometido un hecho delictivo grave y que, lo que es peor aún, ofrecen un pronóstico de peligrosidad potencial evidente.

Y por ello, la solución "práctica" habitual no viene siendo otra que la del mantenimiento de la privación de libertad, con dudas eso sí respecto del centro penitenciario en que corresponde y la calidad del interno, cerrando los ojos todas las autoridades intervinientes ante la existencia de la laguna legal referida y todo ello en aras de no cometer la irresponsabilidad que supondría una puesta en libertad en tales condiciones.

De nuevo habrá quien pretenda que venga en nuestro auxilio el "internamiento civil", en tanto la Sentencia gane firmeza, pero yo opto por una solución tan sencilla como la de introducir en el art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un tercer párrafo a su apartado 2, que diga:

«Lo mismo ocurrirá cuando al imputado, absuelto por concurrencia de alguna de las circunstancias eximentes de los números 1.º, 2.º o 3.º del art. 20 del Código Penal, se le hubiera impuesto la medida de seguridad de internamiento, pudiendo prorrogarse la privación de libertad hasta el límite de la mitad de la duración del internamiento acordado, en tanto que dicho pronunciamiento no gane firmeza».

IX. CONCLUSIONES

En definitiva, para concluir, hemos de reiterar la crítica favorable que merece la regulación de las medidas de seguridad incorporada al Código Penal de 1995, en lo que supuso de novedoso tratamiento en nuestra historia del Derecho Penal positivo, aportando no sólo nuevas posibilidades y garantías sino, sobre todo, al configurar un completo cuerpo sistemático, superando las lagunas que ofrecía la legislación precedente.

Pero, a pesar de ello, también ha de afirmarse la necesidad de ciertas reformas que afiancen y mejoren, dando respuesta a los problemas interpretativos que en estos años de aplicación del Texto legal han venido suscitándose, el tratamiento normativo del régimen de las medidas de seguridad.

LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE Y
LA PENA DE PROHIBICIÓN DE RESIDENCIA,
APROXIMACIÓN Y COMUNICACIÓN CON LA VÍCTIMA

SUMARIO: I. LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE. 1. Naturaleza y regulación legal. 2. Duración. 3. Lugar de cumplimiento. 4. Forma de cumplimiento. 5. Control de cumplimiento. 6. Quebrantamiento. II. LA PENA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN Y COMUNICACIÓN CON LA VÍCTIMA. 1. Naturaleza. 2. Regulación legal. 3. Contenido. 4. Doble carácter de su imposición: facultativa y obligatoria. 5. Duración. 6. Obligaciones accesorias en caso de suspensión y sustitución de la condena privativa de libertad. 7. Quebrantamiento. Especial estudio de la relevancia del consentimiento de la víctima. 8. Estudio de la relevancia del consentimiento de la víctima. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005.

I. LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

1. Naturaleza y regulación legal

Dicha pena fue introducida por la LO 15/2003 para sustituir a la pena de arresto de fin de semana prevista para las faltas y

cuyo origen hay que buscarlo en el arresto domiciliario, que el CP de 1995 hizo desaparecer.

Es una pena privativa de libertad junto con la pena de prisión y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35 CP), de carácter leve, según el catálogo general de penas del art. 33.4g), en tanto sanción penal de las infracciones de carácter leve o faltas.

Generalmente aparece como pena alternativa con la multa (lesiones –art. 617.1–, incumplimiento de obligaciones hacia menores o familiares –art. 618–, contra el patrimonio –art. 623–, daños –art. 625–, expedición de moneda o billete falso por valor inferior a 400 euros –art. 629–, abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos –art. 630–, aunque excepcionalmente se prevé como alternativa con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en dos supuestos: las amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injusta leves a personas comprendidas en el art. 173.2 –art. 620.2– y actos de deslucimiento de bienes de dominio público o privado –art. 626–.

Además, conforme al art. 53.1 CP en caso de impago de la multa impuesta por la falta la responsabilidad personal subsidiaria podrá cumplirse mediante localización permanente.

Se regula en el art. 37 CP (1), que fija una duración máxima de doce días, obligando su cumplimiento al penado a permane-

(1) El art. 37, antes dedicado al arresto de fin de semana, aborda la regulación de la nueva pena de localización permanente en los siguientes términos:

1. La localización permanente tendrá una duración de hasta 12 días. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia.

2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada.

3. Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el art. 468".

cer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el Juez en la sentencia.

2. Duración

Cuando es impuesta como pena principal la duración mínima, si bien no está fijada, ha de entenderse de un día y la máxima son doce días.

Ahora bien, no está tan claro tal límite máximo cuando se cumpla mediante localización permanente la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa al disponer el art. 53.1 que no regirá la limitación de doce días del art. 37.1 CP.

Interpretado literalmente tal precepto si por una falta de lesiones se impusiera la pena de dos meses de multa el impago de la misma daría lugar a una responsabilidad personal subsidiaria de treinta días de localización permanente, más del doble del máximo querido por el legislador. De ahí que siguiendo a VELASCO NÚÑEZ que se ha de hacer una equivalencia distinta a la prevista por el art. 53, de modo que cada cinco días de multa impagados se deben sustituir por uno de localización permanente, lo cual sólo propugna cuando la falta tiene una sanción alternativa directamente señalada por el legislador, porque si la pena de multa fuese única y exclusiva, como ocurre con la del art. 621 CP, entonces su responsabilidad personal subsidiaria sería de un día de localización permanente por cada dos cuotas de multa impagadas pudiéndose superar entonces el máximo de doce días de localización permanente.

3. Lugar de cumplimiento

Pueden ser dos: el domicilio o el lugar designado por el Juez en sentencia. Se plantea cuál podrá ser ese lugar de cumplimiento.

La Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado rechaza la posibilidad de que se pueda designar el centro penitenciario o el depósito municipal de detenidos, pues "dicha opción desnaturalizaría la pena de localización permanente cuya esencia radica en que la privación de libertad corta se ejecuta en el propio domicilio o lugar análogo, evitando los inconvenientes del ingreso penitenciario y dando todo tipo de facilidades al reo para que la ejecución no afecte a su vida familiar y laboral.

Añadiendo que la propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003 avala esta interpretación al referir que con esta nueva pena se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios.

Y en este mismo sentido se pronunció el Informe del CGPJ de 26 de Marzo de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica que expresamente señalaba que "la diferencia sustancial con el arresto de fin de semana que se suprime es que no se produce el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal de detenidos para el cumplimiento del arresto, sino en su propio domicilio o en lugar adecuado para ello determinado por el Juez. Con ello se evitan los efectos nocivos de una pena corta de prisión que determine la reclusión del interno en un centro penitenciario".

No obstante, dado que se admite la refundición de la localización permanente con otras penas privativas de libertad (art. 76 CP), en caso de penados que estén cumpliendo o vayan a cumplir éstas puede ser más beneficioso para el reo el cumplimiento de la localización permanente en días seguidos en el centro penitenciario. Ello no tiene cobertura legal expresa, por lo que habrá que valorar las circunstancias de cada caso oyendo en todo caso al penado a fin de que se pronuncie al respecto.

Se deja, pues, al Juez facultad para fijar un lugar distinto al domicilio, que no podrá ser abierto, permitiéndose al reo desplazarse libremente o en un círculo espacial concretado y localizado siempre mediante la aplicación de los medios tecnoló-

gicos oportunos, al ser una pena privativa de libertad, sino cerrado y debe disponer de unos mínimos de habitabilidad e higiene (2).

Sólo el art. 620 in fine prevé un supuesto de cumplimiento en domicilio distinto para las faltas de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2. En este caso la pena será de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima. Será el penado quien habrá de comunicar al Juez la dirección de un domicilio de cumplimiento que satisfaga las dos exigencias legales: diferente al de la víctima y alejado de éste.

En cualquier caso, si bien debe estar determinado en sentencia, nada obsta a que se haga en ejecución de sentencia si es en este momento cuando sobreviene circunstancias que impiden que el domicilio del penado no pueda ser el lugar de cumplimiento.

Ahora bien, si el penado no tiene domicilio conocido indica la Circular 2/2004 que es conveniente la solicitud por el Ministerio Fiscal de una pena alternativa, ya que casi todas las faltas la tienen, así como efectuar en juicio el interrogatorio oportuno sobre tal extremo. No obstante, cuando el penado se constituya en paradero desconocido al ir a ejecutar la pena resultará pro-

(2) Como señala MUÑOZ CUESTA de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2003 cuando dice que "la pena de localización permanente se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología" podría deducirse que dicha pena se concibe como aquélla que permite desplazarse libremente al penado o a hacerlo en un círculo espacial concretado, eso sí, siempre localizado mediante la aplicación de los medios tecnológicos oportunos, pero no como una pena privativa de libertad. Sin embargo, eso no es así, ya que la pena está configurada como una pena privativa de libertad en un lugar cerrado y los medios tecnológicos que pudieran utilizarse lo serán para controlar al penado y comprobar que se halla en el lugar dispuesto para la ejecución de la pena.

blemático acordar la busca y captura para su cumplimiento, ya que puede implicar su ingreso en prisión por la Policía, siendo más adecuado acordar la búsqueda y detención del penado (3).

4. *Forma de cumplimiento*

Dicha pena ha sido configurada con un carácter flexible, adaptado a las circunstancias del infractor, al permitirse, previa solicitud del reo y oído el Ministerio Fiscal, el cumplimiento en sábados y domingos (como el anterior arresto de fin de semana) o de forma no continuada. Ello responde a la finalidad de evitar la perturbación de la vida laboral del penado.

En todo caso, la pena no podrá restringir las posibilidades del penado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas.

5. *Control del cumplimiento*

El art. 37 nada dice acerca de las formas de control de cumplimiento, a pesar de que la Exposición de Motivos dice al respecto que "*la pena de localización permanente es una importante novedad... que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología*", por lo que sin perjuicio de que en desarrollo de esta ley se establezca la utilización de medios electrónicos para controlar la permanencia del reo en su domicilio contando con su consentimiento, podrá utilizarse el tradicional medio de control por medio de la personación sin aviso previo en los días determinados para el cumpli-

(3) Para la pena de arresto de fin de semana el anterior art. 37 CP venía a permitir esa busca y captura y su ingreso en centro penitenciario cuando incurriera el penado en dos ausencias no justificadas tras acordar el cumplimiento ininterrumpido.

miento, en el domicilio designado, de miembros de la policía judicial, comprobando si el penado se encuentra en el mismo.

Para ello, será necesario notificación personal al penado de la liquidación de la condena, especificando con claridad los días concretos de cumplimiento y el lugar, haciendo constar todos los datos individualizadores, con el consiguiente apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento de condena si no cumple íntegramente la pena. Esa liquidación habrá de trasladarse junto con el correspondiente oficio a la Policía Judicial, o, en su caso a los funcionarios de la Policía Municipal, en labores de Policía Judicial, a fin de que se personen en el domicilio designado los días de cumplimiento para asegurarse de la presencia del penado en el mismo.

Cada día concreto señalado en la liquidación habrá de cumplirse desde las cero horas del primer día de la condena hasta las 24 horas.

6. *Quebrantamiento*

El párrafo tercero del art. 37 prevé que se deduzca testimonio por quebrantamiento del art. 468 CP, lo cual no era necesario que se dijera expresamente, pues tratándose de una pena privativa de libertad su incumplimiento es un quebrantamiento.

No obstante, además de ello ha de practicarse nueva liquidación de condena y continuar la ejecución de la localización permanente quebrantada.

Se plantea si el cumplimiento se continuará ininterrumpido en días seguidos o en la forma aprobada por el Juez a solicitud de penado. El código Penal nada dice al respecto. Sí se prevé, por el contrario en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORRPM) para una pena equivalente a la que nos ocupa, cual es la permanencia de fin de semana en domicilio, el cumplimiento ininterrumpido, solución que podría ser trasladable al ámbito del Derecho penal de adultos, pues el

penado que incumple una modalidad aprobada a la carta no sería merecedor de continuar con esta forma de cumplir.

A diferencia de la regulación anterior de los arrestos de fines de semana, que exigía dos ausencias no justificadas para deducir testimonio por quebrantamiento, en la actual podrá expedirse ante cualquier incumplimiento, no siendo necesario que se detecte más de una ausencia.

II. LA PENNA DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN Y COMUNICACIÓN CON LA VÍCTIMA

1. Naturaleza

Se ha discutido si la misma tiene naturaleza de pena o de medida de seguridad, y en el primer caso, si es una pena accesoria o privativa de derechos.

Los que defienden su carácter de pena accesoria alegan que la misma se cumple de forma simultánea con la pena privativa de libertad. No obstante, las accesorias legales tiene una duración exactamente igual a la de la pena de prisión a que van unidas, lo que no ocurre en la pena de prohibición de aproximación y comunicación, dado que el art. 57.1 CP liga dicha pena a determinados delitos y amplía su duración respecto a la pena de prisión, de forma que la misma deberá tener una duración al menos superior en un año a la de la pena privativa de libertad que resultare impuesta (4). Por lo que, en todo caso, serían accesorias impropias.

(4) El art. 57.1 2.º establece que: "No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la

El legislador, no obstante, les atribuye claramente naturaleza de pena privativas de derechos en el art. 39 CP, cuya redacción actual data de Ley 15/03, de 25 de noviembre, que recoge la de LO 14/99, de 9 de junio (5).

Por lo que se refiere a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha de citarse la STS Sala 2.ª de 26 de marzo de 2004 que en un caso de delito de homicidio en el que junto a la pena privativa de libertad se impuso al penado la prohibición de acudir al lugar del delito, vino a decir que "a pesar de la ubicación sistemática del art. 57 el debate doctrinal sobre la verdadera naturaleza de la prohibición sigue abierto", y sigue diciendo el Alto Tribunal que "el hecho de que el art. 57 CP considere que se trata de una prohibición condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias (gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente) abona la tesis de que se trata de una verdadera medida de seguridad complementaria de la pena... Por ello, la prohibición de acercarse al lugar del crimen durante los permisos penitenciarios que se concedan al penado está plenamente justificada, pero una vez extinguida la pena privativa de libertad, la medida fijada en la sentencia deberá ser atemperada en función de los factores antes dichos, es decir, se deberá solicitar el parecer de las víctimas y la decisión variará si las circunstancias que aconsejaron el alejamiento han cambiado, porque las medidas de seguridad tiene un carácter complementario y buscan una finalidad, que no es necesario prolongar durante el tiempo marcado, pudiendo en todo caso alzarse,

pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea".

(5) Son penas privativas de derechos:

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

si sus efectos ya se han producido o resultan innecesarios, lo cual pone de relieve el art. 97 CP, que prevé la posibilidad de sustituir las medidas, ordenar su cese o dejarlas en suspenso".

Esta concepción se apoya en las siguientes consideraciones: su imposición facultativa en determinados casos atendiendo a las circunstancias concurrentes de gravedad del hecho y la peligrosidad criminal del reo (art. 57.1), la posibilidad de acordarlas como medida cautelar (art. 544 LECR.), como medida de seguridad (art. 105.1 d) y g) y estar prevista como condición a imponer al reo en caso de suspensión de la condena privativa de libertad (art. 83):

Ahora bien, la medida de seguridad presupone que el sujeto sea inimputable, es decir no responsable del hecho, mientras que la pena de prohibición de aproximación y comunicación exige para poder ser impuesta que se dicte sentencia condenatoria contra una persona imputable. Y además, mientras la duración de la medida no es determinada, de manera que se fijará un plazo máximo de cumplimiento, pudiendo dejarse sin efecto la misma una vez se consiga los efectos pretendidos de curación del penado (art. 97), la duración de aquellas prohibiciones habrá de estar perfectamente determinada en sentencia, sin que quepa su suspensión o extinción.

No deja de ser interesante, aun así, el planteamiento que hace la sentencia antes apuntada, cuya línea parece retomar la más reciente de 26 de septiembre de 2005 relativa a un supuesto de quebrantamiento de la medida cautelar de prohibición de aproximación a la víctima, en la cual nuestro Tribunal Supremo admite la posibilidad de dejar sin efecto tanto la medida cautelar como la pena de alejamiento si la víctima consiente la convivencia con el agresor, que nos recuerda a aquella concepción como medida de seguridad, y que de lege ferenda parece querer aportar una solución a la situación habitual y actual que nos estamos encontrando derivada de la imposición obligatoria de un alejamiento no querido por la víctima.

2. Regulación legal

El Código Penal de 1995 recogía en el art. 57 la pena de prohibición de acercamiento al lugar de comisión del delito o al de la residencia de la víctima o de su familia.

Fruto del primer plan de acción contra la violencia doméstica aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998 fueron las leyes orgánicas 11/99 de 30 de abril y 14/99 de 9 de junio, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley Orgánica 14/99 introduce importante mejoras penales y procesales para el tratamiento judicial de la violencia doméstica:

1. Penaliza la violencia psíquica habitual sobre personas próximas
2. Ofrece una interpretación auténtica del término "habitualidad" ampliando el círculo de los sujetos pasivos a los excónyuges o parejas.
3. Elimina el requisito de la denuncia previa para perseguir la falta de malos tratos
4. Prevé como pena accesoria la prohibición de acercamiento a la víctima u otras personas.
5. Desde el punto de vista procesal, introduce el art. 544 bis LECR. Donde se regula esta medida de alejamiento, obligando al Órgano judicial a comunicar a la víctima cualquier actuación procesal que pueda suponer un peligro y le faculta para evitar careos o contradicciones visuales con testigos menores de edad, previo informe psicológico.

Posteriormente, y teniendo presentes las recomendaciones del CGPJ y de la FGE, el Gobierno Español presentó en 2001 el II Plan Integral contra la Violencia doméstica (2001-2004) en cuyo marco se han aprobado numerosas leyes que atienden al tratamiento jurídico de la violencia doméstica:

1. Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley de los juicios rápidos, previéndose su aplicación a los delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual cometidos contra las personas del art. 173.2 CP).

2. Ley 27/2003, de 31 de junio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica, que introduce el art. 544 ter de la LECR. a través del cual se articula la "orden de protección".

3. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que introduce un nuevo tipo penal, el art. 153, que recoge la violencia doméstica no habitual, convirtiendo en delito lo que antes era una falta de lesiones, maltrato de obra o amenazas leves con armas, desplazando el antiguo art. 153 (violencia doméstica habitual) al art. 173, e incluyendo un subtipo agravado en atención a la utilización de armas por el agresor, el lugar donde se lleve a cabo el referido tipo o la presencia de menores e incluso quebrantando una pena del art. 48 CP o una medida cautelar. Asimismo, se amplía el círculo de sujetos pasivos a los descendientes que no son hijos, a los hermanos y otras personas amparadas en otra relación que se encuentren integradas dentro del núcleo de la convivencia familiar, y se suprime el requisito de la convivencia entre cónyuges o parejas de hecho, presentes o pasadas.

4. Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, que recoge como presupuesto nuevo para acordar la prisión provisional en el art. 503.1.3 c) el evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando sea una de las personas del art. 173.2 CP. Asimismo, en caso de incumplimiento de la medida de alejamiento puede convocarse la comparecencia del art. 505 para acordar la prisión provisional u otra medida que implique mayor limitación de su libertad personal.

5. Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

6. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, cuyas principales novedades fueron:

— Se introduce como novedad que la pena de prohibición de aproximación a la víctima u otras personas lleve aparejada la consecuencia jurídica de suspensión ex lege del régimen de visitas, comunicaciones y estancia respecto de los hijos fijados en sentencia civil. Ello choca con el carácter facultativo que el art. 66 de la nueva Ley 1/2004 de Violencia de Género atribuye a dicha medida cautelar de suspensión.

— Otorga cobertura legal al uso de medios electrónicos que permitan controlar la ejecución de las penas de prohibición de residencia, aproximación y comunicación (art. 48.4 CP). Medida prevista también en el art. 64.3 CP de la Ley de Violencia de Género.

— Mejora técnicamente el art. 57, al hacerse depender la duración de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación de que el delito sea grave (tiempo no superior a diez años) o menos grave (hasta cinco años) y de que la pena principal sea de prisión, en cuyo caso se cumplirán simultáneamente con la prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento a la víctima durante los permisos u otros beneficios penitenciarios.

— En caso de condena por delito del art. 153 y 173.2, se prevé que la suspensión quede condicionada al cumplimiento de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación (art. 83) a lo que se añade por el art. 33 de la Ley de Violencia de Género el participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. El incumplimiento de dichas prohibiciones supondrá la revocación de la suspensión (art. 84).

— En caso de condena por el delito del art. 173.2 la pena de prisión sólo podrá sustituirse por trabajos en beneficio de la comunidad, que llevará consigo la imposición de aquellas prohibiciones y la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.

— Por último, el art. 620.2 prevé para las amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas leves, cuando el ofendido sea una de las personas del art. 173.2, la pena de cuatro a ocho días de localización permanente, en domicilio diferente y alejado de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días.

La Ley 1/2004 de Violencia de Género viene a dar un tratamiento especial al delito de quebrantamiento de tales prohibiciones (art. 468), al imponer pena de prisión tanto se trate de pena como medida de seguridad o cautelar la quebrantada, siempre que el ofendido fuese una de las personas del art. 173.2 CP.

3. Contenido

Este está recogido en el art. 48 del Código Penal, siendo su redacción actual la dada por Ley 15/03, que sistematiza estas prohibiciones en tres apartados. Así:

"1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, que-

dando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan."

La prohibición de residencia del apartado primero impide al penado residir o acudir al lugar donde cometió el delito o aquél en que resida la víctima y su familia.

Será necesario fijar una distancia y un ámbito espacial, que podrá ser remitiéndonos al art. 544 bis LECR. "determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o comunidades Autónomas...", pues si se puede acordar tal prohibición de acudir a dichos lugares como medida cautelar nada obsta a su aplicación como pena.

Respecto al contenido de la prohibición de aproximación del apartado segundo, conviene abordar varias cuestiones.

— La expresión en las sentencias de "que se prohíbe al penado aproximarse a la víctima" ¿engloba todo el contenido del art. 48.2 o es necesario determinar expresamente las personas y lugares a que se ciñe?

Ello se plantea dada la frecuencia del uso de aquella expresión general en el fallo de las sentencias. La respuesta sería muy fácil a la vista de la literalidad del precepto comentado y es que sí engloba la primera parte, es decir, que cuando se utiliza aquella expresión el penado tendría prohibido acercarse a la víctima u otros familiares en el lugar donde se encuentren, a sus domicilios, lugares de trabajo y lugares frecuentado por ellos. Ahora

bien, el principio de seguridad jurídica exige la determinación exacta de todos estos datos para que el penado pueda cumplir correctamente la pena, al que no le es exigible el conocimiento del art. 48.2, por lo que se debe evitar el uso del término víctima identificando a las personas con nombres y apellidos y se deben precisar los lugares a los que se prohíbe acercarse, lo que exige, claro está, su previa determinación en instrucción o en el juicio, teniendo gran importancia a los efectos de valorar un quebrantamiento de condena ulterior.

Sin embargo, no puede llegarse a igual conclusión respecto a la segunda parte del precepto, es decir, que lleve aparejada la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia que se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena, pues si el penado no representa un peligro para sus hijos y no se acuerda la prohibición de aproximación respecto a ellos no tiene porqué dejarse en suspenso el régimen de visitas, pues siempre podrá hacerse efectivo el mismo sin necesidad de aproximación a la ex esposa o excompañera, efectuándose la entrega por otra persona, que puede ser un familiar, o incluso en un punto de encuentro.

La Circular 2/2004 de la FGE defiende que dicha suspensión debe ser potestativa amparándose en la Exposición de Motivos II f) de la Ley 15/2003 al establecer que "*se mejora técnicamente el precepto... estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos...*".

Asimismo, la Ley 1/2004 de Violencia de Género en su art. 65 dispone que "*el Juez podrá suspender para el inculgado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera*".

— ¿Es necesario fijar la distancia?

Sí lo es, aunque el Código Penal nada disponga al respecto, viniendo a aclarar el art. 64.3 de la LOVG cualquier posible duda acerca de su carácter al establecer que "*el Juez fijará una*

distancia mínima entre el inculgado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal".

Ahora bien, acerca de cuál deba ser esa distancia mínima de seguridad, en la práctica judicial se han adoptado decisiones dispares, viniendo el *Protocolo* de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género aprobado por la Comisión Técnica de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial de 28 de junio de 2005 a fijar una distancia de al menos 500 metros, que permitirá una rápida respuesta policial y evitará el contacto visual de la víctima con el penado.

En cuanto a la *prohibición de comunicación* contenida en el art. 48.3 CP, la misma se extiende a cualquier medio (teléfono, informático, telemático, escrito, verbal o visual) y si bien es independiente de la prohibición de aproximación, pudiendo acordarse únicamente aquélla lo normal será que se acuerden ambas conjuntamente en aras de una mayor protección a la víctima, pues suele ser frecuente que el penado que no puede acercarse a la víctima intente contactar con ella por algún medio de comunicación. Ello viene avalado en el art. 57.1 que prevé la imposición de una o varias de las prohibiciones del art. 48.

En cualquier caso, se deberá evitar el uso de la disyuntiva "o" para unir ambas prohibiciones, observado a veces en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y resoluciones judiciales dado el equívoco que puede producir tal prohibición configurada así como alternativa con los consiguientes problemas de interpretación si después ha de enjuiciarse un delito de quebrantamiento de condena, por lo que es aconsejable conforme al principio de seguridad jurídica que cuando se quieran imponer ambas se utiliza la conjunción "y".

Finalmente, como cuestiones comunes a todas ellas se plantean:

— Si rige en esta materia el *principio acusatorio*, siendo necesario su petición por el Ministerio Fiscal o acusación particular para poder imponerlas o al ser preceptiva su imposición en los supuestos del art. 57.2 CP el órgano sentenciador podría suplir un error u omisión involuntaria de las acusaciones.

— Se prevé en el art. 48.4 CP la autorización judicial para el establecimiento de *mecanismos de control electrónico* de tales medidas. Se trataría del empleo de medios y dispositivos que garantizan su activación automática e intercomunicación con centro de emergencias y con las fuerzas y cuerpos de seguridad de modo inmediato, cuando el radio de alejamiento fijado por el Juez o Tribunal sentenciador no sea respetado, posibilitando una reacción urgente e inmediata de protección a esa víctima ante un inminente ataque o lesión a bienes jurídicos personales de la misma.

Esta activación automática, no obstante, puede ocasionar equívocos cuando el acercamiento no responda a un deliberado propósito de violar esa prohibición sino a una coincidencia fruto de un acercamiento casual.

Tales sistemas de detección están siendo objeto de experimentación en algunos municipios, en su concreta aplicación a los casos más graves de violencia doméstica.

No existe regulación legal del empleo de tales medios, no obstante, será necesario que la víctima de su consentimiento, dado que en su cuerpo llevará instalado uno de los terminales de comunicación, lo que ciertamente afectará a su intimidad, imagen y dignidad.

4. *Doble carácter de su imposición: facultativa y obligatoria*

Sólo pueden acordarse respecto a los delitos que enumera el art. 57.1 (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad

sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

Partiendo de ello, la prohibición de comunicación con la víctima es siempre potestativa (art. 57.1). Sin embargo, la prohibición de aproximación tiene un doble carácter: es facultativa por regla general (art. 57.1) (6), si bien se acordará con carácter obligatorio cuando las personas ofendidas sean las señaladas en el art. 173.2 (art. 57.2) (7). Dicha obligatoriedad es obra de la Ley 15/03, que vino a modificar su carácter potestativo anterior, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

No obstante, en caso de faltas contra las personas de los arts. 617 (lesiones y malos tratos) y art. 620 (amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas leves) sigue siendo potestativa su imposición (art. 57.3 CP).

(6) Art. 57.1: "Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48..."

(7) En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48..."

Cuestiones:

Si la relación de delitos en que puede acordarse es "numerus clausus".

Se ha planteado si cabría su imposición en los supuestos del art. 153 CP (lesiones, maltrato de obra sin lesión, amenazas o coacciones leves) debiendo llegarse a una respuesta positiva al estar incluido tal delito del art. 153 en el Título III "De las lesiones" del Libro II del Código Penal (8).

¿Y en caso de un delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena de alejamiento? Este delito está tipificado en el art. 468 CP, dentro del Capítulo VIII del Título XX "Delitos contra la Administración de Justicia", excluido de la relación del art. 57.1, por lo que resultará paradójico que en un supuesto de hurto cometido contra su compañera sentimental, por ejemplo, deba imponerse la pena de prohibición de aproximación a la misma y ni siquiera quepa valorar si se impone o no en caso de quebrantamiento de una medida cautelar o pena de alejamiento impuesta previamente con respecto a ella.

Problemas de la obligatoriedad

Estos se plantean cuando la persona en cuya protección se imponen tales prohibiciones no desea tal alejamiento. La realidad diaria de Juzgados de lo Penal y Secciones penales de Audiencias provinciales nos obliga a ver y oír a muchas víctimas que cuando llegan al acto del juicio oral ya se han reconciliado con su agresor y no desean vivir alejadas del mismo. Para los hechos cometidos a partir de 1 de octubre de 2004 no cabe al Juez o Tribunal hacer valoración alguna atendida la gravedad

(8) Vicente MAGRO SERVET en su artículo "Violencia de Género: tres cuestiones de actualidad práctica, publicado en *diario La Ley* el 3 de mayo de 2005, interpreta que "cuando el art. 57.1 CP se está refiriendo a *delitos de...* para luego describirlos, lo está haciendo en relación a los títulos del Código Penal incluidos en el Libro II, por lo cual habría sido más acertado hacer mención a *los delitos incluidos en los Títulos siguientes...*

de los hechos o el peligro que el delincuente represente, pues debe imponer tal prohibición de aproximación obligatoriamente aunque la víctima no la quiera, lo cual conduce a la situación absurda de imponer una pena que se sabe de antemano que se va a quebrantar, con toda la problemática posterior que se genera en la ejecutoria, donde es frecuente que la víctima realice una comparecencia para que se deje en suspenso o sin efecto tal pena, lo que no es posible dado que las penas no pueden suspenderse ni dejarse sin efecto, como sí ocurre con las medidas cautelares o de seguridad, siendo, por tanto, indisponibles, por lo que lo único que cabría es tener en cuenta aquella solicitud, como expresión del deseo de la víctima, a los efectos de la posible persecución del delito de quebrantamiento de condena.

5. *Duración*

El art. 40 CP, en su redacción anterior a la Ley 15/03, no establece la duración de la pena de prohibición de aproximación y comunicación que como pena privativa de derechos se recoge en el art. 39.1 f), a diferencia de lo que ocurre con la privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares, a la que se señala una duración mínima de seis meses y máxima de cinco años. Siendo el art. 57 el que facultaba al Juez en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, para acordarlas en sentencia, en atención a la gravedad de los hechos y la peligrosidad que el delincuente represente, "dentro del período de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años" y en el caso de las faltas del art. 617 y 620 CP "por un período de tiempo que no excederá de seis meses". Se fijaba una duración máxima pero no una duración mínima, pudiendo, pues, ésta coincidir tanto para las faltas como para los delitos.

La Ley 15/03 amplía el plazo de duración máxima de dichas prohibiciones (hasta diez años) y fija la duración mínima (un mes) (art. 40.3), distinguiéndose entre delito y falta.

Por lo que respecta a las faltas, sólo podrá imponerse respecto a las faltas del art. 617 (lesiones y maltrato de obra) y 620 (amenazas, injurias, coacciones y vejaciones injustas) por un tiempo mínimo de un mes (art. 33.4 e) y un máximo de seis meses (art. 57.3).

Y en cuanto a los delitos se distingue en el art. 57.1 entre:

— delitos graves (castigados con pena de prisión superior a cinco años -art. 33.2 a)-, cuya duración no excederá de diez años. El mínimo habrá de entenderse el de cinco años, al prever el art. 33.2 i) que es pena grave la pena de prohibición de aproximación por tiempo superior a cinco años.

— y menos graves (castigados con pena de prisión de tres meses hasta cinco años -art. 33.3 a)-, cuya duración no excederá de cinco años. El mínimo ha de ser conforme al catálogo como pena menos grave de seis meses (art. 33.3 h).

No obstante, cuando se imponga pena de prisión y una o varias de las prohibiciones del art. 48 la duración de éstas se liga a la de prisión (apartado segundo del art. 57.1) (9), de manera que si el delito fuera grave se impondrán las prohibiciones por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta, y si el delito fuera menos grave por un tiempo superior entre uno y cinco años al de la duración de la pena de prisión.

(9) No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

Dicha regla penológica se aplica igualmente cuando los ofendidos por los delitos relacionados en el apartado primero sean las personas relacionadas en el art. 173.2 (art. 57.2) (10), dada la remisión que se hace al apartado segundo del art. 57.1.

Constituye una novedad importante el cumplimiento simultáneo de la pena de prisión y las prohibiciones impuestas, en tanto supone un avance para la protección de la víctima, dado que se evitarán los acercamientos del penado durante el disfrute de los permisos penitenciarios y la última fase de cumplimiento de la pena de prisión (libertad condicional). Antes de 1 de octubre de 2004, las penas privativas se comenzaban a cumplir cuando el penado cumplía la prisión, de manera que si se acercaba a la víctima durante tales permisos no quebrantaba su condena pues no había comenzado el cumplimiento de la prohibición de aproximación.

Cuando se haya adoptado una medida cautelar de alejamiento en protección de la víctima mediante el correspondiente auto acordando la orden de protección, dado que su extensión dura hasta la conclusión del proceso y el dictado de sentencia firme (tras los eventuales recursos), el tiempo cumplido como medida cautelar debe abonarse en la liquidación de la pena de alejamiento.

(10) 2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

to, llegando a propugnar MAGRO SERVET que el Juez de lo Penal debe hacer el cálculo oportuno para que efectuada la liquidación del alejamiento como cautelar la pena sea de una duración superior a la pena de prisión impuesta al menos en un año.

6. *Obligaciones accesorias en caso de suspensión y sustitución de la condena privativa de libertad*

Por lo que se refiere a la suspensión de la condena, fue tras la reforma operada por la Ley 14/99, de 9 de junio, cuando se introdujo en el art. 83.1 1.^a bis como una de las condiciones que el Juez podía imponer al suspender la pena de prisión "la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos".

La reforma operada por la Ley 15/03, sin embargo, cuando los delitos cometidos fuesen los del art. 153 (menoscabo psíquico o lesión no constitutiva de delito, maltrato de obra y amenazas leves a las personas relacionadas en el art. 173.2) y 173.2 (maltrato habitual a las personas que forman parte del círculo familiar) estableció la obligatoriedad de condicionar tal suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes de las reglas 1.^o y 2.^a de este apartado (11).

Sin embargo, con la última modificación que del apartado 6.^a ha realizado la Ley 1/2004, de 29 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se ha circunscrito el ámbito de delitos a los relacionados con la violencia de género (menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito y maltrato de obra –art. 153.1–, amenaza leve –art. 171.4– y

(11) 1.^a: Prohibición de acudir a determinados lugares

2.^a: Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos".

coacción leve –art. 172– cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun in convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor). Y se ha añadido como condición obligatoria que debe cumplirse para la suspensión de la condena la prevista en la regla 5.^a: "participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares". Se ha pretendido así, someter al penado a un programa de rehabilitación y reeducación en las concepciones igualitarias hombre y mujer y de respeto a la dignidad de la mujer.

El incumplimiento de estas obligaciones, tratándose de violencia de género, supondrá la revocación inmediata del beneficio de la suspensión (art. 84.3) y el cumplimiento de la pena de prisión, mientras que en el resto de los casos, el Juez, previa audiencia de las partes, podrá: sustituir la regla de conducta por otra, prorrogar el plazo de suspensión o revocar (art. 84.2).

No obstante, de acuerdo con CERES MONTES aunque haya que revocar la suspensión debe abrirse siempre un trámite de audiencia, pues no es inhabitual que existan discrepancias sobre si ha existido o no incumplimiento de un deber, como en caso de coincidencia por casualidad en ciertos lugares al estar próximos los trabajos y otros supuestos problemáticos cuando ambos residen en una localidad pequeña.

En la práctica habitual nos encontraremos con casos en los que el Juez de lo Penal no impuso la pena de alejamiento por considerarla innecesaria, teniendo que imponerla como condición para suspender la pena de prisión, y casos en los que existirán una duplicidad de prohibiciones de aproximación, la acordada como pena privativa de derechos en la sentencia y la impuesta como condición para la suspensión de la condena de prisión, con el consiguiente duplicado de órdenes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que sólo encuentra su razón de ser en prolongar la protección a la víctima durante

todo el plazo de suspensión en caso de cumplirse con anterioridad la pena privativa de derechos. Así, piénsese en un caso de condena por un delito de maltrato del art. 153 a la pena de seis meses de prisión y un año y seis meses de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, en el que se concediera al penado la suspensión de la pena privativa de libertad durante dos años, en este caso, la pena privativa de derechos quedaría cumplida seis meses antes de que transcurriera el plazo de suspensión por lo que durante los últimos seis meses el penado podría acercarse a la víctima impunemente.

En caso de concurrencia de pena y condición si se acerca el penado ¿habría quebrantamiento de condena, se revocará la suspensión o ambas? No cabe duda que ambas, pues quebrantaría la pena privativa de derechos impuesta (art. 468 CP) y además se alzaría la suspensión por cometer un nuevo delito (quebrantamiento de condena) e incumplir la obligación de acercarse (art. 84, 1 y 2), debiendo ingresar a cumplir la pena de prisión.

Al igual que ocurre con la pena de alejamiento la prohibición de aproximación impuesta como condición tampoco es disponible para la víctima. Se plantea, entonces, qué hacer ante la realidad de numerosas víctimas que ya desde el acto del juicio están manifestando su deseo de vivir con su agresor, si obligatoriamente ha de imponerse la pena de prohibición de aproximación y posteriormente si se le concede al penado la condena condicional como condición obligatoria también la prohibición de aproximarse. La ley nos obliga a mirar hacia otro lado porque al Juez se le ha quitado la posibilidad de valorar ninguna circunstancia, ahora bien se plantea la posibilidad de suspensión de la efectividad de la medida, con previa audiencia de la esposa, aun cuando continúe transcurriendo el plazo, o también entender que no se incumple la condición cuando sea la esposa la que se aproxima al marido, yéndose al domicilio de éste.

Al igual que en la condena condicional también en caso de sustitución de una pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88) siempre que se reúnan los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 (12), se impone obligatoriamente en los casos de violencia de género las mismas obligaciones accesorias analizadas (prohibición de acudir a determinados lugares, de aproximarse y comunicarse y sometimiento a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico), sin embargo, no se prevén las consecuencias del incumplimiento, por lo que en ningún caso llevará consigo la ejecución de la pena de prisión sustituida. Según señala la Circular 1/05 de la FGE el régimen previsto en el apartado 2 del artículo para el incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva no resulta aplicable, en primer lugar, porque el propio precepto declara expresamente la incompatibilidad de tales reglas con las mismas obligaciones o deberes impuestas como penas en la sentencia, por tener naturaleza diferente, y, en segundo lugar, porque las normas para el abono de la pena sustitutiva parcial-

(12) 1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. Cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana; y cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de este Código.

Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior.

mente cumplida a la de prisión inicialmente impuesta no son utilizables cuando se trata de las obligaciones o deberes mencionados, en los que no existe regla de conversión. A la vista de esto ha de concluirse que es absurdo imponer unas obligaciones cuando no existen mecanismos coercitivos para su cumplimiento.

En cuanto a estos programas de rehabilitación y reeducación de maltratadores, serán los Servicios Sociales Penitenciarios quien deberán elaborarlos e impartirlos, debiendo informar cada tres meses al órgano judicial. Se desconoce aún el contenido, duración y eficacia de los mismos, pues, salvo contadas excepciones en algunas provincias, la lentitud de la Administración se ha hecho patente una vez más, de forma que transcurrido casi un año desde la entrada en vigor de la ley aún no se haya puesto en marcha tal recurso.

7. *Quebrantamiento. Especial estudio de la relevancia del consentimiento de la víctima*

El delito de quebrantamiento está castigado en el art. 468 CP, que en su redacción actual, tras la Ley 1/2004, establece que:

«1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2».

Se zanja así la polémica creada en torno a la redacción anterior (13) dada por la Ley 15/03 que en su segundo párrafo preveía con carácter facultativo pena de prisión, como pena alternativa con trabajos en beneficio de la comunidad, cuando el penado en libertad quebrantaba las prohibiciones del art. 57.2, el cual se refería sólo a penas, no a medidas cautelares, por lo que en este caso, sólo podía imponerse multa. Dándose además la paradoja de que si bien podía acordarse por el Juez de Instrucción prisión provisional para el agresor que quebrantaba la medida cautelar de alejamiento, en base al art. 503.1.3 c) LECR, la pena que se impondría al delito de quebrantamiento era solo multa.

Ahora se equipara tanto la pena como la medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación quebrantadas a los efectos de poner imponer pena de prisión, aunque extendiéndose su ámbito de aplicación sólo a los supuestos de violencia doméstica. Si esas medidas de prohibición se adoptaran en otros casos distintos a los referidos a cualquiera de las personas comprendidas en el art. 173.2 la pena a imponer sería de doce a veinticuatro meses de multa, ya que el art. 57.2 al que se refiere el art. 468.2 se circunscribe a los hechos referidos a la comisión de cualquiera de los tipos penales relacionados en el art. 57.1 cuando la víctima fuera una de las personas comprendidas en el art. 173.2 CP.

Con esta reforma se resuelve así el problema que se planteaba cuando el incumplimiento de la prohibición tenía lugar antes de la firmeza de la sentencia que había impuesto obligatoria-

(13) "1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad.

2. En los demás supuestos, se impondrá multa de doce a veinticuatro meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del art. 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días".

mente pena de alejamiento (art. 57.2), al ser recurrida, de manera que antes de 29 de junio de 2005, como lo que incumpliría sería la medida cautelar de alejamiento, la pena sería de multa, y a partir de esa fecha, tanto si se trata de medida cautelar como de pena, la pena sería de prisión, por lo que a los efectos de protección de la víctima será irrelevante que se haya recurrido la sentencia.

Ahora bien, se plantea MAGRO SERVET qué pasa con la víctima si en la sentencia se ha impuesto pena de alejamiento y se recurre la misma, y no se adoptó en instrucción medida cautelar, por lo que al no ser aquélla firme no se puede ejecutar ni siquiera provisionalmente, proponiendo una solución novedosa, y es que el Juez de lo Penal o Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial que va a dictar una sentencia condenatoria por violencia de género, que lleva aparejada obligatoriamente pena de alejamiento, de oficio o a instancia de los legitimados para solicitarlo en virtud del art. 544 ter LECR, con carácter previo al dictado de la sentencia, dicte un auto acordando la prohibición de acercarse a la víctima con el carácter de medida cautelar, que podría dictarse al finalizar el juicio, siendo notificado al acusado, y si bien contra el mismo cabría recurso de reforma y subsidiario de apelación tal medida sería ejecutable mientras se sustancia, corriendo al par que el recurso de apelación contra la sentencia que ha impuesto la pena de alejamiento.

El quebrantamiento de medida cautelar o de pena de alejamiento exige los siguientes requisitos típicos:

a) Se haya acordado en resolución judicial por órgano competente (Juez de Instrucción o Juez de Violencia de Género, a través de la orden de protección dentro de un proceso penal –art. 544 ter LECR.–, o Juez de lo Penal o Audiencia Provincial, en la sentencia condenatoria.

b) Que se incumpla una prohibición de aproximación o comunicación con la víctima (art. 544 bis y 48.2 CP).

c) *Como elemento subjetivo del injusto, que el sujeto sometido a la medida o el penado conozca tal prohibición, por habersele notificado personalmente el auto o la sentencia, advirtiéndole de las consecuencias del incumplimiento, y a pesar de ello voluntariamente la incumpla.* Lo que comporta no solo que se le haya notificado fehacientemente sino además que se le requiera para que a partir de una fecha determinada se abstenga de realizar la conducta prohibida en la medida cautelar adoptada, puesto que el destinatario de la prohibición tiene que conocer el tiempo y modo en que deba cumplir la orden. (así, por ej. sentencia AP Barcelona, sec. 7.^a, S 26-4-2005, absolvió al recurrente por no constar la notificación del auto donde se acordaba la medida cautelar).

En la mayoría de los supuestos, lo que se discute es la existencia de dolo o intención de quebrantar la prohibición de aproximación o comunicación, habiendo de admitirse no sólo el dolo directo sino también el dolo eventual, consistente en la representación como probable de un resultado como consecuencia de su acción y a pesar de ello su realización confiando en que el resultado no se produzca. Este dolo eventual fue apreciado por sentencia de 23 de marzo de 2006 del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Jaén, confirmada por la Audiencia Provincial, en un caso de quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de aproximación a menos de 500 metros por la acusada respecto a la denunciante, sus dos hijos y la cuidadora de éstos, a los que había arrojado ácido, dejando ciega a la niña, al considerar que "conociendo la acusada el lugar de trabajo de Carmen Salazar (denunciante) acudió a un establecimiento comercial que dista 150 metros del mismo en horario laboral y habiendo visto en la cola a Carmen unas personas delante de ella, cuando ésta miró para atrás le mantuvo la mirada de forma desafiante, no hizo intención de cambiarse de cola o marcharse, sino que se mantuvo en ella, disponiéndose además a salir por la C/ Alfarería, salida más cercana al Bar Deportes, lugar de trabajo de Carmen, en

lugar de hacerlo por la salida de la C/ Fuente Nueva, por donde entró, con lo que aumentaban las posibilidades de encontrarse con ella, lo cual tuvo que representarse como probable y, sin embargo, aceptó, sin que diera ningún motivo convincente acerca de porqué acudió a dicho supermercado".

Asimismo, es objeto de debate determinar si se ha superado la distancia establecida o ha existido realmente un contacto buscado de propósito por el agresor, cuestionándose en casos en los que agresor y víctima viven en localidades pequeñas, donde el encuentro fortuito es muy frecuente. Será preciso deslindar muy bien si ha sido provocado o fortuito, pues de ello dependerá que se considere o no cometido el quebrantamiento.

Así, la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales viene excluyendo la antijuridicidad de la conducta en los casos de encuentro casual o fortuito, pudiéndose citar como ejemplos:

— AP Madrid, sec. 23.a, S 1-7-2005, n.º 508/2005, rec. 148/2005. Pte.: GUTIÉRREZ GÓMEZ, Jesús Eduardo

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la acusadora particular contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito de quebrantamiento de medida cautelar. Para la Sala no ha quedado acreditado que la situación fuera buscada de propósito por el acusado, sino que fue realmente una coincidencia o un desconocimiento de que en esos días concretos iba a estar en el mismo lugar la denunciante, por lo que la ausencia de una prueba clara de querer violar la medida cautelar adoptada priva también al delito que se imputa al acusado de uno de los elementos típicos necesarios para su existencia.

— AP Huelva, sec. 2.a, S 14-10-2005, n.º 102/2005, rec. 169/2005. Pte.: BODEGA DE VAL, Andrés

La AP estima el recurso de apelación interpuesto por el condenado en la instancia como autor responsable de un delito de quebrantamiento de condena y otro de amenazas,

y absuelve al recurrente. Declara la Sala, entre otros pronunciamientos, que cuando los hechos sobre los que testimonia la víctima son muy simples, resulta difícil hacer un objetivo examen de credibilidad; sin embargo en este concreto caso observamos que a pesar de que la sentencia da por probado que el acusado se acercó a la víctima en su lugar de trabajo, ésta dice en juicio que el encuentro se produjo en la calle, lo mismo que afirma el encausado que añade que dicho encuentro fue causal. En esa tesitura entendemos que no hay prueba clara de que el acusado pretendiera voluntariamente dejar ineficaz el pronunciamiento que le condenaba a mantenerse alejado de su esposa, o al menos resulta dudoso lo que obliga a absolverse de responsabilidad penal.

No puede, pues, considerarse cometido tal quebrantamiento en caso de cruzarse en la calle existiendo un mínimo contacto visual, pues si el mismo es breve y no ha sido buscado sino el derivado de un encuentro, sin que con sus actos posteriores el sometido a tal prohibición denote que su intención era acercarse a la víctima, hablar con ella, o dirigirle algún tipo de gestos o palabras, no queda acreditado el dolo necesario para su comisión.

Así, se estimó por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Jaén, sentencia

"...tales hechos no pueden considerarse constitutivos del delito de quebrantamiento, por ser necesario no sólo una contravención de lo prohibido, en este caso, acercarse a Almudena a menos de 100 metros y a menos de 50 metros de su domicilio y de comunicarse con ella por cualquier medio, sino la acción dirigida a acercarse y comunicarse de forma voluntaria y consciente, lo que excluye los encuentros fortuitos por breve lapso de tiempo en los que el acusado no se dirija a la víctima ni con miradas, gestos o palabras, pues sería irracional castigar éstos, imposibles de evitar en localidades pequeñas como Andújar y cuando no existen restricciones de acudir a determinados lugares.

Así, si bien el acusado tenía pleno conocimiento de tales prohibiciones y de las consecuencias de su incumplimiento y efectivamente el día de los hechos estuvo a menos de 100 metros de la persona de Almudena, el mismo no tenía limitada la libertad de deambulación, pues siendo las prohibiciones supuestamente quebrantadas las de aproximación prevista en el art. 48.2 y de comunicación prevista en el art. 48.3 en relación con el art. 57.3 CP, las mismas impiden al penado acercarse a la persona que se determine, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro frecuentado por ella, así como la de comunicarse por cualquier medio, de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, que no puede confundirse con la de privación del derecho de acudir al lugar donde resida la víctima o su familia, prevista en el art. 48.1, pues para ello deberían haber estado expresamente impuesta.

...Ha de concluirse que si bien es comprensible el temor y situación de inseguridad que pueda tener la víctima, derivada de un episodio de maltrato denunciado, y que sería deseable que el acusado evitara cualquier posible encuentro con aquella, el comportamiento denunciados no es constitutivo de este delito, ya que no teniendo el acusado privado su derecho a deambular libremente por la ciudad de Andujar ni de entrar en determinados locales y no habiendo quedado acreditado que hubiese acudido a la discoteca para buscar a Almudena, tal encuentro en la discoteca ha de calificarse como fortuito, como así ha de entenderse también la mirada que ambos se cruzaron, cuando, como reconoce la víctima, ella se giró, sin que dicha mirada casual e inevitable que duró escaso tiempo no acompañada de gestos, palabras o actitudes amenazantes, ni coetáneas ni posteriores, pudiese servir por sí sola para entender acreditado tal elemento subjetivo del injusto, siendo por el contrario prueba de que el acusado no tenía intención de quebrantar una orden judicial el que abandonara el local

tan pronto fue avisado de que Almudena salía al exterior con un teléfono móvil".

Por último, en cuanto a la distancia será conveniente obrar con sentido común debiendo contarse los metros en horizontal y no en vertical, como pretendía una querellante al estimar cometido el delito porque su marido acudía al bar existente en el bajo del inmueble donde vivía, alegando el Letrado de la acusación particular que entre el bar y el balcón del segundo piso donde habitaba la esposa había menos de los 100 metros establecidos. Aquí el sentido común aconsejaba que si la entrada a la vivienda de dicha señora estaba por la otra calle, siendo aquella puerta la entrada natural al inmueble y no el balcón del segundo piso, que exigiría un escalamiento, y efectuadas las mediciones oportunas por la Policía Local resultó haber más de 100 metros, y, por otro lado, que era una costumbre del marido agresor acudir durante casi veinte años a dicho bar a jugar una partida de dominó y no se le había prohibido acudir al mismo, había de concluirse necesariamente que el infractor no sobrepasó el límite de seguridad y puesto que no consta que en ningún momento de dirigiera a la esposa de alguna forma, hubo de ser absuelto.

Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Jaén de 12 de julio de 2005: "...siendo necesario la fijación de una distancia en metros como límite de seguridad para la víctima, en cuyo favor se acordó, necesario para determinar la intervención del Derecho Penal, es conforme al sentido común que los metros de alejamiento establecidos se midan en sentido horizontal por el suelo y no en vertical, pues sería irracional entender como pretende la defensa que se comete tal quebrantamiento por existir siete u ocho metros entre el balcón del domicilio de la víctima, en un segundo piso, y la puerta del bar, pues ambos dan a la misma calle, pues no siendo el balcón el lugar de acceso natural a una vivienda no puede computarse la distancia de esa forma, siendo por el contra-

rio lo lógico, como así hizo la Policía Local interviniente, medir la distancia entre la entrada del bar y la entrada al domicilio de Carmen, por la otra calle, existiendo más de 200 metros.

...para la comisión de tal delito no bastaría el requisito de acercamiento real a menos de la distancia establecida sino que sería necesario además la voluntad del acusado de contravenir dicha prohibición, debiendo quedar acreditado como elemento subjetivo del injusto que el mismo ha ido expresamente a buscarla o se ha dirigido ella de alguna forma, con gestos o palabras, en caso de encontrarse casualmente, razón por la cual no pueden penalizarse los simples encuentros fortuitos inevitables en localidades pequeñas y cuando los sitios frecuentados son los mismos".

...comportamientos denunciados no son constitutivos de este delito, ya que el acusado no tiene privado su derecho a deambular libremente por la ciudad de Úbeda ni de comunicarse ni de tener contacto visual con la Sra. Padilla, entre la entrada del bar mencionado que él frecuenta y la entrada al domicilio de la ex esposa hay más de 100 metros y no ha quedado acreditado que el acusado acudiese a dicho bar con la finalidad de encontrarse con aquella".

Para finalizar con esta materia no puedo dejar de hacer breve mención a la introducción por la Ley 1/2004 de la agravante específica del quebrantamiento de la medida cautelar o pena de alejamiento en los delitos de maltrato (art. 153.3), amenazas leves (art. 171.5 párrafo 2.º) y coacciones leves (art. 172.2 párrafo 3.º), cuya consecuencia penológica es que se impondrá la pena en su mitad superior.

Así, si al mismo tiempo que se quebranta una medida cautelar o pena de alejamiento se comete uno de dichos delitos no se calificarían los hechos como un delito de quebrantamiento de condena y un delito de maltrato del art. 153 de forma autónoma sino que se aplicaría este último con la agravante de específica de quebrantar una medida o pena de prohibición de aproximación.

8. *Estudio de la relevancia del consentimiento de la víctima. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005*

En la actualidad existe un alto porcentaje de víctimas que reanudan la convivencia con su agresor tras la adopción de la medida cautelar de alejamiento o tras la sentencia condenatoria que impone a aquel la pena de alejamiento.

Ello ha abierto un arduo debate acerca de cuáles deben ser las consecuencias de este consentimiento en relación con la comisión o no de un delito de quebrantamiento del art. 468 CP.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 ha venido a incidir en el mismo, dando absoluta relevancia a la voluntad de la víctima.

La misma absolvió al imputado del delito de quebrantamiento de medida cautelar a que había sido condenado por considerar que no había quedado acreditado con la certeza necesaria el mantenimiento de la voluntad contraria al acercamiento de la víctima, dado que dictado auto de alejamiento en julio de 2001 al parecer se reanudó la convivencia durante el mes de agosto interrumpiéndose después y produciéndose la agresión y amenaza con un cuchillo en el domicilio de la víctima el 5 de septiembre siguiente.

Si bien el caso que se resuelve es un quebrantamiento de medida cautelar lo novedoso de dicha sentencia es que considera aplicable la solución a la que llega también a la pena de alejamiento y que considera como un elemento de tipo del delito de quebrantamiento la voluntad contraria de la víctima al acercamiento (14).

Así, se plantea qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex-conviviente que tiene

(14) Dice literalmente: "En uno y otro caso (medida cautelar y pena), la efectividad de la medida depende –y esto es lo característico– de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima –en cuya protección se acuerda– de mantener su vigencia siempre y en todo momento.

LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PREMISAS PARA LA ELABORACIÓN Y APLICACIÓN DE MECANISMOS LEGALES ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DENTRO DEL PROCESO PENAL. 1. El sistema penal es un instrumento que tiene que ser valorado positivamente desde la necesidad de su existencia en la prevención de infracciones penales y en la necesaria cohesión social entorno a la vigencia de la norma. 2. Uno de los factores explicativos de la crisis de legitimidad del sistema penal reside en su evidente capacidad para dar respuesta satisfactoria a los requerimientos de la colectividad. 3. Reflexionar sobre las alternativas a la prisión implica la búsqueda razonable de otros instrumentos de intervención más eficaces en la gestión del conflicto delictivo. 4. Un sistema penal protector de bienes jurídicos que no sea capaz de proteger y hacer que la víctima se sienta reparada es ineficaz y su legitimidad puede quedar cuestionada. Las consecuencias que el proceso penal origina en la víctima impide un abordaje eficaz de la gestión del dolor y del trauma generado por el delito. 5. Un sistema penal que abandone el ideal

de resocialización de las personas condenadas está abocada al fracaso y a la legitimidad. El proceso penal provoca en la persona acusada/condena, además de sufrimiento, en ocasiones innecesario, una irresponsabilización por los daños causados. 6. La intervención en la fase de ejecución de la condena a través de las alternativas permite una gestión más eficaz del conflicto. III. SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. 1. Suspensión genérica de la ejecución de la pena privativa de libertad. A) Concepto. B) Criterios de concesión. C) Requisitos legales. D) Condiciones y su incumplimiento. E) Cuestiones procesales. 2. Suspensión para enfermos graves con padecimientos incurables (art. 80.4 CP). A) Concepto. B) Requisitos. C) Cuestiones procesales. 3. Suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes. A) Concepto. B) Requisitos. C) Condiciones de cumplimiento. D) Cuestiones procesales. 4. Suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de indulto (art. 4.4 CP). A) Concepto. B) Criterios legales de aplicación. C) Cuestiones procesales. 5. Suspensión de la ejecución de la pena por trastorno mental sobrevenido. A) Concepto. B) Criterios legales de aplicación. C) Cuestiones procesales. IV. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA. 1. Sustitución genérica. A) Concepto. B) Formas y requisitos. C) Incumplimiento. D) Cuestiones procesales. 2. Sustitución de la pena para extranjeros. A) Concepto y efectos. B) Cuestiones procesales. C) Formas y requisitos. D) Incumplimiento. E) Cuestiones de política criminal. V. INDULTO. 1. Concepto y contenido. 2. Fundamentos. 3. Clases. 4. Cuestiones procesales. VI. LAS

MEDIDAS DE SEGURIDAD. 1. Concepto. 2. Principios y garantías. 3. Clases. 4. Supuestos de aplicación de las medidas privativas de libertad. 5. Criterios de aplicación de las medidas privativas de libertad. 6. Cuestiones procesales. 7. Modificación de las medidas privativas de libertad. 8. Medidas no privativas de libertad. 9. Quebrantamiento de las medidas de seguridad. 10. Cuestiones críticas y conclusiones. VII. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA SOBRE LOS TEMAS ESTUDIADOS.

I. INTRODUCCIÓN

El planteamiento de las alternativas a la prisión exige un análisis global de la eficacia del sistema penal como instrumento político social en la gestión de los conflictos generados por las relaciones interpersonales de los ciudadanos o, de estos, con las normas de protección de los bienes jurídicos más elementales para la convivencia estructurada y pacífica de la sociedad actual. Esta gestión necesita, no sólo la creación de instrumentos legales a tal efecto, sino también la elaboración y activación de medios de política criminal que aseguren, no sólo la convivencia pacífica, sino el respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos involucrados en el conflicto delictivo. Todo ello aconseja que la gestión de los operadores jurídicos del sistema penal (Jueces, fiscales, abogados, policía, peritos) se realice desde dos principios básicos: respeto a la identidad/entidad de cada ser humano y, la generación del menor daño o sufrimiento posible en la aplicación normativa del sistema penal. Únicamente, desde este enfoque, se puede afirmar que el Derecho penal puede quedar impregnado de los principios de humanidad y eficacia social en la gestión de conflictos; dos principios necesarios para la consolidación del Derecho penal en un Estado democrático.

A estos temas vamos a dedicar la primera parte de este trabajo. En la segunda abordaremos el análisis jurídico de las instituciones legales que posibilitan el no ingreso en la cárcel de las personas condenadas, derivándose la intervención penal de corte retributivo hacia medidas que contienen un enfoque socializador o terapéutico: suspensiones de la pena privativa de libertad, sustituciones, medidas de seguridad e indulto.

II. PREMISAS PARA LA ELABORACIÓN Y APLICACIÓN DE MECANISMOS LEGALES ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DENTRO DEL PROCESO PENAL

Las premisas necesarias para la aplicación del sistema penal desde perspectivas más humanas, preventivas y eficaces en la gestión del conflicto delictivo se pueden concretar en los siguientes postulados:

1. *El sistema penal es un instrumento que tiene que ser valorado positivamente desde la necesidad de su existencia en la prevención de infracciones penales y en la necesaria cohesión social entorno a la vigencia de la norma*

Hay que reconocer como positiva la eficacia preventiva del sistema penal contemporáneo que permite el tránsito de la venganza privada al monopolio de la violencia por parte del Estado a través de un sistema articulado de normas que describen comportamientos lesivos y unas consecuencias jurídicas en caso de que aquellos sean realizados. La ausencia de un sistema penal generaría graves consecuencias; sirva como ejemplo los actos de venganza privada en los países en los que la administración de justicia penal no funciona o, incluso en países de nuestro entorno, la organización de vigilancia privada violenta de vecinos que residen en zonas en el que la delincuencia no es controlada por la ausencia de efectivos policiales.

El delito es un fenómeno social muy complejo, tanto en las causas, como en su abordaje. Se entremezclan cuestiones relativas a la cultura, socialización, educación, trastornos mentales, adicciones, identidades culturales territoriales, nacionales e internacionales, así como elementales aspectos económicos. No obstante, esta complejidad no exonera a la administración del Estado en su responsabilidad política y pública de crear y gestionar instrumentos de prevención y tratamiento eficaz del fenómeno delictivo. A nuestro entender, resulta reprobable, no sólo el abandono de una inversión económica suficiente en ámbitos sociales de prevención de conductas delictivas: inmigración, pobreza, enfermedad mental, marginación, toxicomanías (1), cooperación internacional, sino también, la ausencia de suficiente inversión económica en la administración de justicia encargada de gestionar el conflicto delictivo, y en medios policiales. Este último hecho provoca que una buena parte de la protección ciudadana se encomiende a la dudosa gestión privada de empresas de seguridad, quienes ocupan un sector económico con elevados beneficios.

No obstante, y a pesar de la necesaria función protectora y preventiva del sistema penal, hay que hacer una reflexión crítica del mismo. Sin ella corremos el riesgo de incrementar innecesariamente la intransigencia, la violencia personal e institucional y, por ende, el sufrimiento. La gestión del conflicto delictivo es algo más que el castigo a quien comete el delito: "quien la hace la paga"; expresión que se divulga desde determinadas opciones políticas e ideológicas, así como desde los medios de comunicación que les dan cobertura.

(1) Quien haya visitado los patios de, al menos, cuatro prisiones, sabe perfectamente de lo que hablamos. La cárcel es el espacio institucional que recibe el fracaso social: la pobreza, la marginación, la ausencia de educación no violenta e igualitaria, la enfermedad mental, las toxicomanías y las consecuencias de esta sociedad consumista, de gratificación inmediata.

2. *Uno de los factores explicativos de la crisis de legitimidad del sistema penal reside en su evidente incapacidad para dar respuesta satisfactoria a los requerimientos de la colectividad*

Asistimos desde hace ya bastante tiempo a una utilización desmesurada del Derecho penal (2), que no viene acompañada de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva de los ciudadanos, ni, por ende, de confianza en la administración de justicia que suele ser percibida como institución ineficaz debido a una "supuesta benevolencia" en la cantidad de pena que los Juzgados y Tribunales imponen (3) en determinados delitos.

El corte acentuadamente retribucionista de esta evolución, de una parte, está dejando de lado la función reinsertadora de las penas que cada vez cuenta con menor condescendencia social; de otra, las necesidades reales de las víctimas –escucha, información y cuidado para sentirse reparado– en muchos aspectos, no coinciden con las pretensiones procesales –estigmatización como testigos de cargo para fundamentar la sentencia penal–. En este sentido es importante reflexionar acerca de la eficacia de la mediación dentro del seno del proceso penal en todas sus

(2) Las reformas penales recogidas en las Leyes Orgánicas 7/2003, 11/2003, 15/2003. El incremento del número de penados desde la entrada en vigor de estas leyes es desproporcionado respecto de los últimos cinco años.

(3) Como se analizará a lo largo de este trabajo, la vinculación de la eficacia del sistema penal con la cantidad de pena –castigo– como instrumento de solución del conflicto casi siempre será percibido como ineficaz por la ciudadanía. Una sencilla razón avala esta hipótesis. El dolor y la violencia que la víctima puede sentir nunca se calmará con la imposición de penas por muy elevadas que sean, incluso, ni con la reclusión perpetua ni la pena de muerte. La vuelta a la calma emocional de la víctima necesita un enfoque diferente: el duelo terapéutico que es consecuencia del abordaje emocional a través de la escucha activa, el diálogo, el conocimiento de las motivaciones del infractor, la comprensión de su conducta, la pacificación interna y, como consecuencias, el perdón.

fases, y especialmente en la de ejecución, por ser el tema objeto de este trabajo como instrumento de gestión del fenómeno delictivo.

3. *Reflexionar sobre las alternativas a la prisión implica la búsqueda razonable de otros instrumentos de intervención más eficaces en la gestión del conflicto delictivo*

La eficacia del sistema penal depende principalmente de dos variables. Una de ellas guarda relación directa con la víctima. Ésta necesita sentirse reparada en el dolor y en la experiencia traumática sufrida por el delito; un sistema penal protector de bienes jurídicos que no sea capaz de proteger y hacer que la víctima se sienta reparada es ineficaz y su legitimidad puede quedar cuestionada. La otra, hace referencia a la persona infractora, respecto de la que podemos afirmar que la eficacia de la intervención punitiva depende de las posibilidades que se le otorguen para asumir la responsabilidad de la conducta delictiva realizada y hacerse cargo de su vida, tanto individual como social –respecto a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad–. De estos dos objetivos genéricos planteados para las partes naturales del conflicto delictivo surge el grado de cumplimiento de los fines preventivos del sistema penal, no solamente desde el punto de vista de la prevención especial que hace referencia a la resocialización del infractor, sino también en relación a la prevención general. Cuanto más reparada se sienta la víctima, más confiará en el sistema de justicia penal y, por tanto, los principios de prevención general positiva que postulan la cohesión del orden social en torno a la vigencia de la norma penal quedarán más satisfechos.

El intento de obtener mayor eficacia y legitimidad en el sistema penal implica un cambio de escenario. Por parte de la víctima, la violencia sufrida por el delito y el odio generado en el pasado, necesita transitar hacia el perdón (eliminación del

miedo y la obtención de la serenidad interior). Por parte del infractor, el daño causado y la desresponsabilización frente a éste, exige un tránsito hacia la reparación y la responsabilidad de la conducta. Para reflexionar sobre el cambio de escenario sea hace necesaria la descripción, tanto del itinerario personal/emocional que la víctima sufre a través del sistema penal, como el del infractor. Dicho de otra forma, la mirada crítica respecto de las consecuencias que genera la intervención del sistema penal en las personas intervinientes es necesaria para la construcción de un modelo de política criminal humano y eficaz en la gestión/prevención del fenómeno delictivo. De ahí que se haga necesario para la elaboración de una política penal eficaz en la gestión del fenómeno delictivo no sólo la desimplicada reflexión dogmática, sino la sociológica que refleje y analice las tendencias del delito y su gestión por las instituciones penales, tomando como elemento de primer orden el abordaje de las consecuencias que las disfunciones provocadas por las instituciones y las personas que las gestionan, provocan en la personas protagonistas del delito: la víctima y el infractor.

4. *Un sistema penal protector de bienes jurídicos que no sea capaz de proteger y hacer que la víctima se sienta reparada es ineficaz y su legitimidad puede quedar cuestionada. Las consecuencias que el proceso penal origina en la víctima impide un abordaje eficaz de la gestión del dolor y del trauma generado por el delito*

El proceso penal no sólo no ofrece cauces para la expresión y satisfacción de las necesidades de la víctima sino que, además, frecuentemente supone una experiencia dolorosa para las víctimas, lo que, no en vano se ha denominado "victimización secundaria". La víctima es una especie de perdedor por partida doble; en primer lugar frente al infractor y, después, frente al

Estado. Queda excluido de la gestión dialogada de su propio conflicto, salvo la que permite el proceso penal que se presenta como limitada, estigmatizante (4) y escasamente reparadora, tal y como tendremos ocasión de demostrar en las páginas que siguen. Únicamente se le da entrada para la acreditación de los hechos que puedan servir al fiscal o la acusación particular si así lo decide en virtud del art. 109 LECr. para demostrar la acusación que sostiene contra el presunto autor o partícipe del delito y, como consecuencia de ello, interesar la reparación económica o material por el daño sufrido.

La institución procesal de la conformidad entre acusación pública o privada, acusado y abogado defensor puede servir simbólicamente para materializar el acuerdo entre las partes y, ofrecer así, una participación más eficaz a la víctima en la consecución de su pretensión en el delito sufrido; pero, con mucha frecuencia, sin haberla escuchado previamente. El acuerdo de conformidad se refiere a los hechos objeto de acusación, la pena a imponer y la determinación de la responsabilidad civil, respecto de los que el Juez queda vinculado.

Ahora bien, de esta conformidad son varias las objeciones que cabe plantear. Se deja fuera a la víctima, que ni entra en la sala de vistas ni, en general, se le informa, salvo que su representación sea sostenida por un abogado que ejerza la acusación particular; de lo contrario, el fiscal que sostiene el interés público y, en cierta manera el de la víctima, no mantiene ningún tipo de comunicación con ésta. En no pocas ocasiones, a una larga espera en los pasillos del juzgado, en cuyas sedes no existen habitáculos dedicados expresamente a las estancia de las víctimas a fin de que no se encuentren con los presuntos agresores enfrente o sentados a su lado, se une la información dada por el

(4) Decimos estigmatizante porque la persona deja de ser considerada como tal para ser tratada como una parte procesal: el testigo; se abandonan los aspectos más humanos y su abordaje: sufrimiento, miedo, expectativas e ilusiones frustradas, necesidad de conocer, de comprender e incluso de perdonar.

agente judicial en los siguientes términos: "se puede marchar porque las partes se han conformado". Siempre existen excepciones y algún juez tiene la sensibilidad suficiente como para bajarse de los estrados y explicar al ciudadano el trámite jurídico que acaba de acontecer; gestión que debería hacer el Ministerio Fiscal, al menos a partir de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 2006.

No requiere explicación, por obvia, la sensación de olvido y el sentimiento de impotencia o rabia que, por lo general, se genera en los ciudadanos. No sólo han sufrido el delito, sino que soportan estas disfunciones del proceso, sin satisfacción alguna de su interés, salvo la reparación material, siempre que exista sentencia condenatoria y la persona acusada sea solvente económicamente (5), dos presupuestos que, obviamente, no concurren con excesiva frecuencia.

El delito, como todo acto violento, genera miedo. Es una situación traumática que provoca la aparición de inseguridad y desconfianza en las personas que lo sufren. Cuando aparece el miedo en la vida, ésta cambia. Las decisiones vitales más importantes, más cotidianas, si son tomadas bajo la desconfianza y el temor, adolecerán de la objetividad necesaria para adoptarlas en función de las necesidades e intereses básicos. Se puede afirmar que, salvo patologías mentales, las emociones sentidas son comunes a todos los seres humanos. Si hablamos de miedos, todos sabemos la sensación que lleva aparejada; si hablamos de odio, igualmente, y si la palabra es el perdón, también. Sin éste no podríamos mantener ningún tipo

(5) Son diversos los esfuerzos legales para intentar obtener la reparación material/económica por parte de la persona condenada. La LO 7/2003 incorpora la necesidad de satisfacer la responsabilidad civil para la concesión del régimen abierto —art. 72.5 LOGP—, y, por ende, la libertad condicional. Por otro lado, la concesión de medidas alternativas a la prisión —arts. 80 a 89 CP—: suspensión, sustituciones e indulto, requieren, bien la satisfacción de dicha responsabilidad civil, o al menos, el esfuerzo real por su observancia.

de relación interpersonal. Perdonamos todos los días. Perdonar, en el ámbito penal, no significa renunciar a la intervención estatal.

Por tanto, una cuestión importante reside en el enfoque que la víctima sea capaz de adoptar para dar solución a la situación traumática sufrida. El miedo al vacío y al olvido es superior a la expresión del dolor, por ello la víctima se instala en éste y en la venganza. Odiar permite respetar la memoria. Pero este es un escenario legítimo, pero equivocado.

Ninguna medida de intervención, por más violenta que sea, frente a quien ha causado el daño puede permitir a la víctima recuperar la calma; pues, en último extremo, depende del trabajo personal de cada individuo. Aunque existiese la pena de cadena perpetua, o a la pena de muerte, el dolor se hará siempre presente en la vida. La violencia interior por el delito sufrido y el acto violento institucional solicitado, generado y causado por el Estado, provocará que la herida duplique sus efectos. No existe pacificación sin perdón, no puede haber perdón sin comprensión, no puede haber comprensión sin reconocimiento de los hechos por el infractor tanto en un espacio privado como público, y estos no pueden existir si no ese dota de un espacio de diálogo interpersonal desde claves y criterios de seguridad institucional.

La cuestión clave es conocer como la víctima quiere gestionar su dolor. Este dato se conoce a partir de la respuesta a la siguiente cuestión, ¿cómo se imagina usted a medio plazo su mundo interior?, ¿con qué cantidad de odio, dolor, serenidad quiere vivir?

No hay duda que cada ser humano se enfrenta al delito de forma diferente, según sus posibilidades materiales y emocionales; cualquiera de ellas es, en todo caso, legítima. Entre ellas, cabe destacar dos que polarizan las diferentes maneras de afrontar esta situación. La primera tiene que ver con la liberación de la emoción negativa que se ha generado y que se encuentra dentro del cuerpo humano. La necesidad de recupe-

rar la serenidad y el equilibrio interior para poder afrontar las decisiones cotidianas de la vida, junto a la búsqueda de la paz interior, son los objetivos buscados desde la óptica que estamos planteando. Sin calma y sin paz interior se permite que el miedo, junto a la inseguridad, se adueñen de los momentos vitales. Por ello, no queda otra opción que afrontar la situación traumática desde claves terapéuticas. Lo contrario supone gestionar el conflicto con claves perjudiciales: "mis ganancias son sus pérdidas". Dicho de otra forma, cuanto más pierda el infractor, más gana la víctima. Planteamiento erróneo que genera violencia interna y externa; siendo éstas actitudes las que conducen a la enfermedad.

La obtención de la serenidad como objetivo a alcanzar presenta dos necesidades. La primera una exigencia al infractor respecto del reconocimiento del delito y no tanto del conflicto, como del daño causado; en último extremo, "hacerse cargo" y responsabilizarse del sufrimiento causado para que éste pueda ser reparado; en ocasiones con ello es suficiente. La segunda pasa por una decisión autónoma y personalísima: ¿qué movimiento interno está dispuesto a hacer para alcanzar la serenidad? Esta cuestión, probablemente, sea más importante que la primera, pues consiste en no dejar el poder para solucionar el equilibrio interior en manos de los movimientos que haga el infractor. La gestión del dolor que se sufre no se puede abandonar a la decisión del agresor.

Pensamos que, únicamente, desde este enfoque emocional, que necesariamente tiene que ser dirigido por un psicólogo o un terapeuta, se pueden conseguir los objetivos señalados. Esta opción no es fácil, porque en último extremo, la tendencia emocional que genera el miedo desemboca en la violencia y en el odio, sentimientos que conducen a la enfermedad. Para llegar al abordaje terapéutico, la intuición personal de su necesidad es absolutamente necesaria. Sin ella, tiene que ser la familia o las oficinas de atención la víctima, o desde las propias instancias policiales o judiciales quienes pudiesen ofertar esta salida, por-

que creo, sinceramente, que es la única opción eficazmente reparadora y sanadora.

Esta opción no es únicamente individual. Las posibilidades de su existencia dependen, también, de la legislación y de su aplicación institucional (6). El legislador puede crear los mecanismos necesarios para potenciar este enfoque si pone más énfasis en otorgar a la víctima el papel de persona a quien cuidar y reparar, más que reconducir su papel desde el ejercicio de la venganza. Desde el primer aspecto toda legislación penal que contemple la conciliación y reparación como mecanismos de resolución del conflicto delictivo está incorporando claves de pacificación al mismo. Las experiencias mediadoras en el ámbito interpersonal y social expresan la mayor eficacia de pacificación interna, individual y colectiva. Por un lado, la víctima puede llegar a expresar las emociones contenidas, puede preguntar sobre aquellos aspectos y motivaciones que al infractor le movieron a cometer el delito; puede escuchar para poder

(6) La normativa supranacional sobre mediación se puede resumir en la siguiente: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950; Recomendación R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; Recomendación R (85) II de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal; Recomendación R (87) 21 del 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la "asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización"; Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder de 1985; Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (Diario Oficial n.º L 082 de 22 de marzo de 2001 p. 0001-0004). Es de reseñar que la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establece que "Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales (...), pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de mayo de 2006" (arts. 10 y 17).

comprender la situación del infractor (7). En no pocas ocasiones esto ocurre. No se trata de establecer una justificación individual o social de la conducta infractora, sino de saber qué ha ocurrido en el itinerario personal, familiar y social de la persona infractora para poder comprender. La mayoría de los hechos delictivos no pueden ser justificados, pero una buena parte de ellos pueden ser comprendidos. Solamente, desde la comprensión del comportamiento "del otro", la persona víctima puede llegar a calmar su odio y recuperar la serenidad.

En último extremo se trata de separar las emociones de los valores. La ira, la rabia y el dolor son siempre legítimos. Ahora bien, el problema es como se da el tránsito hacia la gestión y la responsabilización de los propios sentimientos: creando vida, o destruyéndola, construyen un nuevo marco de relación, o generando más dolor propio y ajeno. No es malo el sentimiento de venganza, sino que con él, se justifique la destrucción del agresor. Y, en nuestra opinión, el suicidio de un agresor, aunque pudiese calmar o colmar los deseos de venganza de la víctima o de la opinión pública, supone, en nuestra opinión, un fracaso social. Se devuelve dolor por dolor, sufrimiento por sufrimiento, y esta ecuación que permite el mantenimiento en la violencia, conduce a la autodestrucción persona y social. La ubicación a la misma altura en la gestión del sufrimiento entre quien lo causa (infractor), el que lo sufre (víctima), el que lo gestiona (legislador, juez) y quién lo consiente (opinión pública), contamina a todos.

(7) cuanto a las experiencias nacionales en el ámbito de la justicia penal de adultos existe una experiencia desarrollada por el Programa de Mediación en el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, desde 1998 en seis juzgados de instrucción y en tres de lo penal. Otra experiencia es la que desarrolla la Asociación Apoyo, en coordinación con la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Otra experiencia es la de la Asociación de mediación para la pacificación de conflictos; trabajan en la mediación penitenciaria y en la penal, tanto en la fase de instrucción como de enjuiciamiento en colaboración con la DGIP y el CGPJ. Asimismo, las experiencias en la jurisdicción de menores son, hoy, una realidad, valoradas muy positivamente.

5. *Un sistema penal que abandone el ideal de resocialización de las personas condenadas está abocada al fracaso y a la ilegitimidad. El proceso penal provoca en la persona acusada/condenada, además de sufrimiento, en ocasiones innecesario, una irresponsabilización por los daños causados*

Es claro que el Derecho penal, tanto en su forma de aplicación como en las consecuencias que genera, no responsabiliza personalmente a la persona que realiza la acción delictiva. Por más que las instancias penitenciarias encargadas de la ejecución penal quieran exigir a los penados la responsabilización personal por los hechos cometidos, ésta no es posible porque la percepción del penado respecto del sufrimiento que está recibiendo, le impide ponerse en lugar de su víctima. De ser agresor pasa a sentirse víctima. La violencia institucional de la administración penitenciaria no se siente únicamente sobre la pérdida de libertad ambulatoria, sino por la pérdida o deterioro de relaciones afectivas, la ausencia de intimidad, la imposibilidad de prever el futuro y la adaptación a la violencia carcelaria; estas circunstancias generan a su vez miedo, inseguridad y desconfianza. Son estas claves, junto a la necesidad de adaptación al entorno penitenciario, las que provocan la imposibilidad de asumir la responsabilidad por los hechos cometidos. Este sería, en último extremo, junto a la prevención, uno de los objetivos más importantes de la intervención penal.

Sin responsabilización no puede existir reparación hacia la víctima y, por tanto, no puede existir recuperación personal ni social en orden al aprendizaje de actitudes que permitan vivir en libertad sin repetir la infracción penal —prevención especial, ni prevención general—. Por ello, estoy absolutamente convencido de la eficacia de la conciliación para el restablecimiento de las relaciones interpersonales rotas por el delito o, al menos, para la pacificación interior desde la comprensión y el perdón de la víctima, así como de la asunción de la responsabilización por el hecho cometido del infractor.

Estas afirmaciones se obtienen desde la experiencia mediadora en menores, así como de las experiencias generadas a través de la mediación penal de adultos y en el ámbito penitenciario. En este último, se están consiguiendo resultados que conducen a un optimismo antropológico de cierta importancia. Si en un espacio tan violento como es una cárcel, en el que la relación interpersonal está caracterizado por la agresión, la desconfianza, la manipulación y la búsqueda continua de mecanismos de supervivencia y de reducción del temor y ansiedad, el diálogo entre las dos personas que se han agredido es posible en el contexto que ofrece la mediación para la conciliación, se puede afirmar que cuando la agresión es entre personas en el espacio social abierto, bien sea entre mayores de edad, o entre menores, o entre ambos, las posibilidades de conciliación son altas (8).

Cuestión diferente es si las personas tienen la capacidad, el ánimo y la voluntad de iniciar un proceso conciliador. Llegados a este punto, la intervención institucional y legal es fundamental. También la social. Si desde los medios de comunicación se incita continua y reiteradamente hacia el miedo y la venganza, los ciudadanos no pueden intuir, salvo excepciones, que la intervención hacia al dolor y la herida sufrida tiene un abordaje terapéutico desde la búsqueda de la paz interior y la serenidad. Si la propia ley potencia la intervención de la víctima desde la óptica de la venganza, aquella no puede intuir que, posiblemente, desde la conciliación, su situación emocional tenga una salida más eficaz.

En último extremo, la mediación es un instrumento que permite a los jueces, como gestores del sufrimiento ajeno a través de los cauces legales, minimizar el dolor, reducir a la mínima expresión, necesaria, para reestablece la paz.

(8) RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E; BIBIANO GUILLÉN, A., *La mediación penitenciaria*, Madrid, Colex, 2005.

6. *La intervención en la fase de ejecución de la condena a través de las alternativas permite una gestión más eficaz del conflicto*

Probablemente ha llegado el momento de plantearse si no se ha llegado demasiado lejos, no ya sólo por la judicialización/ penalización de la vida cotidiana, sino en la exclusión real de las partes, víctima e infractor, en la búsqueda de soluciones al conflicto generado por el delito. Urge la búsqueda de alternativas a esta única vía y, probablemente, una de ellas sea la mediación como instrumento de justicia restaurativa (9). La conciliación a través del proceso de mediación y el acuerdo resultante pueden concebirse como una alternativa dentro de un sistema penal actualmente hipertrofiado. El proceso de mediación no elude la intervención del sistema penal, ni minimiza el papel de la administración de justicia. En este sentido, la mediación no supone una privatización de la justicia penal. En primer lugar, porque el papel que sigue ejerciendo el Estado en los programas de mediación, consistente en definir en términos amplios, el marco de la mediación –sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales– así como garantizar un proceso justo, evitando abusos. Se trata más bien de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso, con el objetivo de que la reparación, la responsabilización del daño, y la petición de perdón, no se realice únicamente en un espacio privado, sino también en el público, con trascendencia social, en las salas de la administración de justi-

(9) La dilatada experiencia en mediación penal con menores de edad, sobre todo a partir de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor –LO 5/2000–, y de la dotación de medios técnicos, tanto materiales como personales –279 mediaciones respecto a 846 medidas impuestas, 125%, en el año 2003 en la Comunidad Autónoma del País Vasco– lleva a concluir que se trata de "un instrumento válido tanto para la responsabilización de las conductas de la persona infractora, como para devolver a la víctima su protagonismo y en la resolución pacífica de los conflictos y para llenar de contenido el principio de intervención mínima" (Plan de Justicia Juvenil de la CAPV 2004-2007).

cia. Por tanto, no viene a suplir el sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo.

El punto de partida de la mediación penal supone el reconocimiento por las partes de la existencia de un conflicto, la consideración de las causas reales y las consecuencias del mismo, buscando la fórmula más idónea para satisfacer los intereses enfrentados, de la víctima y del infractor. Para articular éste diálogo se requiere la intervención de una tercera persona: el mediador. Esta figura, desde los principios de gratuidad, independencia, imparcialidad y respeto exquisito a la voluntad de las partes, tratará de restablecer los canales de comunicación entre las personas en conflicto, de modo que la víctima pueda conocer las causas de la actuación del infractor y éste, a su vez, conocer el sufrimiento que ha causado. Se trata de un espacio en el que poder expresar el dolor sufrido para que sea "sonoro" y no "sordo", siendo éste último el no reconocimiento ni privado ni público del sufrimiento.

Este encuentro ayuda a la víctima a dar respuesta a sus "porqués" y superar con mayor facilidad la situación traumática sufrida por la agresión. En otras palabras, podrá iniciar un duelo terapéutico que consiste en pasar de la memoria dolorosa a la memoria gozosa y, así, superar el miedo al vacío y al olvido que los seres humanos tenemos cuando salimos del dolor. Permite, a su vez, crear escenarios públicos y privados que permitan un cambio moral hacia el respeto y la minimización del sufrimiento humano, de los distintos interlocutores y posiciones sociales. En último extremo, facilita la creación de variables que apoyen el "nunca más". Posibilita reconocer y garantizar el derecho de la víctima a conocer la verdad. No son pocas las ocasiones en que la víctima se siente engañada respecto de los hechos, y los sentimientos más vengativos surgen del desconocimiento de lo realmente ocurrido. El proceso penal no lo favorece; se trata más de la búsqueda de la verdad formal a través de las pruebas, que de lo que realmente ocurrió; y obviamente no es lo mismo que la verdad se forme desde el juez, a que la persona infractora

haga un reconocimiento de los hechos tal y como ocurrieron. La verdad, por muy dolorosa que sea, es capaz de transformar la percepción del conflicto. Permite salir a la víctima de su posición, para ponerse, siquiera mínimamente desde un punto de vista emocional, en el lugar del otro. La verdad transforma la percepción del conflicto. Jurídicamente no existe compensación alguna al autor de la infracción penal por reconocer los hechos, pero sin duda, y teniendo en cuenta la trascendencia para la víctima, debería incorporarse en el código penal como atenuante, o al menos ser valorada en la determinación de la pena, para la apreciación de la atenuante de reparación del daño o la aplicación de medidas alternativas a la prisión. La mediación posibilita el derecho a la verdad; posibilita el tránsito del odio a la comprensión.

Por otro lado, la mediación permite al infractor responsabilizarse de sus propios actos haciéndose cargo del dolor causado a la persona, que en ocasiones se camufla de superfluas justificaciones. Se puede pensar que la persona infractora no siente, no padece, no sufre, porque el sentimiento de culpa desaparece de su mente. Esto puede ocurrir en ciertas ocasiones, pero no siempre. No son pocas las personas que cumpliendo condena se encuentran emocional y moralmente con la culpa. El sistema legal impide la petición de perdón y no tiene cauces de elaboración personal; algunas se quitan la vida, otros sobreviven con ella, como pueden y, otros, la mayoría, la esconden entre la violencia para poder sobrevivir. Lo que parece claro es que cuanto más instalado esté la víctima, la opinión pública y el sistema penal en el dolor y la venganza más dificultades existirán para que el infractor dé pasos hacia la petición de perdón, la responsabilización del sufrimiento y la reparación del daño. La víctima tiene derecho a que el infractor escuche su experiencia de dolor y el infractor la obligación de escucharlo; Y al revés, no para validarlo, sino para comprenderlo.

Toda esta tarea descrita puede realizarse a través de una mediación penal en la fase de ejecución, en la que ambas personas se encuentren, o si una de ellas no quiere, al menos, a través

ojo dicuno negador no significa mayor grado nec de reincidencia

de un tercero, que puede ser el propio juzgado, para que pueda ser cauce de expresión de la descripción y reconocimiento de hechos, petición de perdón, explicación de los motivos de la comisión de delito, explicación de su situación personal, social y familiar, descripción de las consecuencias sufridas. Esta intervención sirve, junto a otras variables, para una valoración del concepto "peligrosidad" que establece la ley en el art. 88 CP, obviamente existen menos posibilidades de delinquir hacia futuro quien es capaz de "hacerse cargo del daño causado"; esto no quiere decir que quien no se haga cargo, bien porque no haya cometido materialmente el delito aunque formalmente haya sido condenado, o porque personalmente no quiera, tenga más posibilidades de reincidir en el delito. Son otras variables, además de la que venimos sosteniendo, las que tiene que ser analizadas.

A los efectos anteriores, la mediación que se realiza en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad tiene posibilidades de ser valorada, cuando la persona no se encuentre cumpliendo condena en el centro penitenciario, en los siguientes supuestos:

a) Suspensión ordinaria –art. 80 a 86 CP–. Con anterioridad a la concesión de la suspensión, la conciliación entre la víctima y la persona infractora puede ser tomada en consideración a los efectos de cumplimiento del requisito de satisfacción de la responsabilidad civil. Asimismo, puede ser un elemento a tener en cuenta en orden a valorar la disminución o eliminación de la peligrosidad criminal como fundamento de concesión de la suspensión. Con posterioridad a la concesión de la misma, el Juez o Tribunal podría imponer, como condición para su cumplimiento, y previa conformidad de la víctima, la realización de una mediación extrajudicial entre la persona que comete el delito y aquélla (art. 83.5 CP).

b) Suspensión de la pena para personas que han cometido delito por adicción a algunas de las sustancias del art. 20.2 CP –art. 87 CP–. Aunque el fundamento de esta suspensión sea la

posibilidad de sometimiento a un proceso de deshabitación o rehabilitación de la adicción a las sustancias del art. 20.2 CP, en los supuestos en que la gravedad del delito sea elevada –robo con intimidación con utilización de medios peligrosos, por ejemplo–, la mediación entre la víctima y la persona infractora puede servir al titular del órgano jurisdiccional como valoración positiva a los efectos de determinar la voluntad de la persona acusada de reparar el daño y de abandonar la adicción a sustancias tóxicas, siempre que guarden relación con el delito cometido. Incluso, una vez que el acusado se encuentre en el centro de rehabilitación, sería posible que una vez que se abordara terapéuticamente el ámbito emocional de la persona condenada, que se diese traslado a la víctima de los datos reseñados, bien a través de una mediación con encuentro, o al menos, por escrito.

c) Suspensión durante la tramitación del indulto –art. 4.4 CP–. A estos efectos, la mediación puede servir de valoración positiva para la solicitud y eventual concesión del indulto; circunstancia que serviría al Juez para acordar la suspensión prevista en el art. 4.4 CP. Así como para informar positivamente a la concesión del indulto.

d) Valoración de la conciliación a los efectos de aplicación de la sustitución de la pena de prisión por multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad, prevista en el art. 88 CP, en orden a que quede acreditado "... singularmente el esfuerzo por reparar el daño causado" que exige la norma penal.

Por otro lado, la mediación en la fase de ejecución, cuando la persona se encuentre cumpliendo condena en el centro penitenciario, también puede ser tomada en consideración a los siguientes efectos:

a) Variable a tener en cuenta para la clasificación en régimen abierto en la clasificación inicial. La clasificación o progresión a tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal, que la persona penada

haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerado a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.

b) Valoración positiva a los efectos de concesión de permisos penitenciarios. La asunción de la responsabilidad por los hechos cometidos viene siendo valorada como un indicador de evolución tratamental.

c) Valoración positiva a los efectos de exclusión del período de seguridad –art. 36.2 CP– para personas condenadas a penas superiores a 5 años. A estos efectos la reparación del daño a través de la mediación/conciliación con la víctima se puede considerar una circunstancia favorable en el tratamiento reeducador para que el/la Juez de Vigilancia pueda valorarla para excluir el período de seguridad.

d) Valoración positiva a los efectos de concesión de la libertad condicional, toda vez que la implicación voluntaria de la persona penada en la obtención de un acuerdo de reparación puede ser considerado como una manifestación práctica y concreta de interpretación del concepto jurídico indeterminado "buena conducta". Por otra parte, la voluntad, unida a la reparación, puede facilitar la emisión de un pronóstico favorable de reinserción social.

e) Valoración positiva a los efectos de aplicación de la libertad condicional anticipada del art. 91.2 CP consistente en adelantar 90 días los cómputos para la libertad condicional por cada año efectivamente cumplido, siempre que se participe en programas de reparación del daño.

En los casos en los que la víctima no quiera participar en la mediación, o una vez iniciado el proceso se interrumpa por voluntad de aquella, la persona titular del Órgano Jurisdiccional podrá valorar la voluntad de la persona infractora y las actuaciones efectivamente realizadas en orden a reparar el daño, a los efectos de la aplicación penológica correspondiente.

III. SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. *Suspensión genérica de la ejecución de la pena privativa de libertad*

A) *Concepto*

Es la posibilidad legal que permite a la persona condenada no ingresar en la cárcel, al quedar en suspenso la pena. Se exigen determinados requisitos, así como el cumplimiento de las condiciones que el juez determine, durante un plazo de tiempo, transcurrido el cual, la responsabilidad penal queda extinguida. Se pueden suspender únicamente penas privativas de libertad: Prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa –art. 35 CP–. También quedan suspendidas las penas privativas de derechos que sean accesorias pues van vinculadas en esencia a la pena principal –prisión–, de manera que si ésta no se ejecuta, tampoco la accesoria, por lo que si aquella queda en suspenso, la misma suerte debe correr la accesoria (a favor de esta tesis: SÁNCHEZ YLLERA, LASCURAIN, GONZÁLEZ ZORRILLA, ARMENDÁRIZ. AAP, Valladolid, secc. 2.ª, 3.11.1999) en contra: LLORCA ORTEGA, GARCÍA ARÁN, STC 209/93, de 28.06 (RTC 1993/209), CFGE 1/2005. Por el contrario, no se pueden suspender las penas pecuniarias ni las privativas de derechos que sean impuestas como principales en la sentencia.

El fundamento de esta suspensión reside en Incrementar las posibilidades de recuperación de la persona condenada, potenciando la prevención especial, sobre la general (AAP, Castellón, secc. 1.ª, 98-A/2000, de 10.4), evitando la pena innecesaria desde ambas prevenciones (AAP Cádiz, secc. 8.ª, 73/2002, de 18.06). Asimismo, otros se trata de evitar el efecto corruptor de la cárcel en los delincuentes primarios (STC 165/1993, de 28.6) y otorgar al penado la oportunidad de rehabilitación otorgándo-

le un margen de confianza y una oportunidad de rehacer la vida (AAP, Madrid secc. 17.^a, 188/2000, de 25.02).

B) Criterios de concesión

Una vez que se acrediten los requisitos legalmente exigidos existen determinados criterios para su concesión. Entre ellos, existen: criterios legales de concesión judicial (art. 80.1 CP) tales como la peligrosidad criminal del sujeto y la existencia de otros procedimientos penales contra éste. Es necesaria la motivación y valoración de las causas pendientes, origen y diligencias existentes. Para la FGE es suficiente la existencia de denuncia o querrela en el Juzgado (CFGE 1/2005); en mi opinión, es una interpretación extensiva incompatible con el derecho a la presunción de inocencia. Por otra parte, existen criterios extralegales, tales como la situación social, laboral y familiar de la persona acusada (acreditada por informes sociales, de conducta, trayectoria laboral, nóminas y contratos de trabajo, libro de familia), valoración de repercusión de la prisión a nivel psicológico/emocional: ansiedad, miedo, desestructuración emocional; así como la incidencia en su familia: padres, hijos, cónyuges (informe psicológico o criminológico). Valoración positiva del pago de la responsabilidad civil y la petición de perdón por escrito dirigido al juzgado por los hechos cometidos, así como la mediación víctima/infractor. La posibilidad de comisión de delitos hacia el futuro debe quedar motivada en el auto. Si no existe posibilidad de diagnóstico de peligrosidad criminal y concurren elementos positivos de socialización, la suspensión debería concederse automáticamente, si existen los requisitos legales para ello. De existir informes que acrediten científicamente una previsible peligrosidad, se puede conceder la suspensión y aplicar alguna regla de conducta del art. 83, destinada a aportar a la persona condenada los medios necesarios para solucionar los motivos que dieron lugar a su conducta delictiva.

C) Requisitos legales

El art. 81 CP establece los requisitos que deben concurrir:

1. Que el penado delinca por primera vez. A este respecto no se tienen en cuenta los delitos imprudentes, ni los antecedentes cancelados o que debieran estarlo mirar fecha de cumplimiento de condena en hoja histórico-penal, si no aparece el dato para el cómputo de la cancelación –art. 136 CP–, se entiende que la condena comienza a cumplirse al día siguiente de la firmeza de sentencia-. No se tienen en cuenta las faltas previas ("delinquire": delito, –unanidad doctrinal–). El término "delinquir" exige sentencia firme por comisión de delito doloso previo a la comisión de los hechos de la condena que se quiere suspender –constatar si en los antecedentes de hecho de la sentencia figuran condenas firmes previas– (STS 1196/2000, de 17.07). Posibilidad legal de coexistencia de varias condenas suspendidas (unanidad doctrinal, también Circular FGE 4/1999, de 17.9).

2. Que la pena impuesta o suma de impuestas en una misma sentencia no exceda de 2 años de privación de libertad sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. La pena se refiere a la concreta impuesta y no al marco penal en abstracto del tipo; Posibilidad de aplicación a delitos y faltas (unanidad doctrinal).

3. Que se haya efectuado el pago de la responsabilidad civil o declaración judicial de su imposibilidad total o parcial, previa audiencia a los interesados y al fiscal. La ausencia de este requisito puede servir de base para denegar la suspensión (STC 264/2000, de 13.11 y ATC 259/2000, 13.12). Una cuestión práctica desde el punto de vista de la defensa: es importante valorar la eficacia legal del pago de la responsabilidad civil previa al juicio oral para demostrar respeto a la víctima y posibilitar la aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) que puede ser muy cualificada pena inferior en uno o dos gra-

dos, art. 66.4, –STS 10.05.2001,5.11.2003–. En la ejecución de la pena de prisión, el pago de la responsabilidad civil posibilita concesión de tercer grado y la libertad condicional –art. 72.5 y 6 LOGP–.

D) Condiciones y su incumplimiento

La suspensión se condiciona a la no comisión de delito en el plazo señalado (art. 83.1 CP): penas leves de 3 meses a 1 año; resto de penas entre 2 y 5 años; asimismo, al cumplimiento de las prohibiciones y obligaciones del art. 83 CP si la pena fuese de prisión. Si se trata de delitos de violencia de género se impondrán las reglas 1.2 y 5.^a del art. 83 CP (art. 88.1.6.º segundo párrafo (modificado por LO 1/2004, de 28.12, de medidas de protección integral de víctimas de violencia de género, BOE 313 de 29.12.04).

Si la persona delinquiera durante el plazo de suspensión fijado el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena. El delito tiene que cometerse, juzgarse, y la sentencia adquirir firmeza en el plazo de suspensión. Si los hechos son previos al auto de suspensión, y el juicio y firmeza de sentencia lo son durante el plazo suspensivo, no se puede revocar, al no haber incumplido la condición (CFGE, consulta 3/1983, Memoria FGE 1984. pág. 392 a 399). Si los hechos se cometen durante el plazo de suspensión, pero la sentencia no ha adquirido aún firmeza cuando finalice el plazo de suspensión, no se "ha delinquido", por lo que tampoco se puede revocar porque se extingue la responsabilidad criminal por remisión definitiva de la pena (art. 130.3 CP en relación con 85.2 CP) (similar opinión GARCÍA ARÁN). Existe un argumento en contra: posible discriminación en función de la cantidad de trabajo de los órganos jurisdiccionales (Auto AP Albacete 45/1997, de 11.7). El delito deberá ser doloso, no siendo suficiente el imprudente para revocar la suspensión (misma opinión PRATS CANUT, GARCÍA

ARÁN). Por la comisión de faltas no se revoca la suspensión, debido a la interpretación gramatical del término "delinquir": comisión de delito (misma opinión MIR PUIG, GARCÍA ARÁN). Si la persona infringiera durante el de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá acordar: sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta, prorrogar el plazo de suspensión, sin exceder de 5 años, revocar la suspensión si el incumplimiento fuera reiterado. En los delitos de violencia de género (arts. 153 y 173.2 CP), si se incumple la obligación o deber del art. 83.1,2 o 5 CP, debe revocar la suspensión (art. 84.3 CP) (modificado por LO 1/2004 de 28.12 sobre medidas de protección integral víctimas de violencia de género BOE 313, 29.12.04). Si la víctima es quien quiere vivir con el condenado, hecho que ocurre en la práctica en algunos casos, la suspensión se revoca pero se puede pedir indulto y suspensión de condena (CFGE 1/2005). Cuando finaliza el plazo de suspensión el juzgado solicita hoja histórico penal a fin de acreditar la inexistencia de delitos.

La administración penitenciaria se encarga del seguimiento y control de los deberes u obligaciones que se impongan (art. 83.1.5.º.6. CP), así como del tratamiento del art. 87 CP. Entrevista con el penado y centro o servicio donde se va a realizar el programa. Informarán al Juez o Tribunal sentenciador de la evolución de reglas impuestas, como mínimo cada tres meses, así como de su incumplimiento. (RD 515/2005, de 6.5)

E) Cuestiones procesales

No se puede acordar la suspensión de la condena hasta que no la sentencia no sea firme y se haya incoado la ejecutoria correspondiente. La sentencia no es ejecutable hasta que no transcurra el plazo para interponer recurso, contado siempre desde la notificación a la última de las partes. Tampoco lo es

hasta que el tribunal *ad quem* dicte la resolución al recurso presentado. Existe una excepción: el inicio de la ejecución de sentencia condenatoria respecto de las personas condenadas que no hayan recurrido en las sentencias no firmes con múltiples condenados –art. 861 bis b) LECr.–, sin perjuicio de que en su día se puedan beneficiar del peculiar efecto penal extensivo, consignado en el art. 903 LECr. (nueva sentencia beneficiosa se extiende a los no recurrentes si se encuentran en la misma situación que el recurrente). Cumplidos los requisitos anteriores se dictará auto de firmeza –arts. 798, 974, 975, 985 y 988 LECr– a partir del cual se obtiene el título ejecutivo necesario para comenzar el proceso de ejecución (arts. 141.6, 143 LECr. y 245.4 LOPJ). Ambas se suelen dictar en la misma resolución. La firmeza de la sentencia condenatoria –arts. 143 LECr, 117.1 CE– determina la inamovilidad de la pena (salvo, en su caso, estimación de recurso de revisión, amparo, o indulto). Se notifica a las partes y el órgano judicial la inicia de oficio. Todas las incidencias que ocurran en la ejecutoria deben notificarse a las partes que hayan sido también en el procedimiento hasta el archivo definitivo.

La resolución judicial adquiere forma de auto motivado, se dicta después de la firmeza de la sentencia y es una facultad discrecional del juez (STC 5/2002, 14.01). Es necesaria la audiencia de las partes: fiscal y acusación particular. La víctima no puede ser oída salvo que esté personada en el procedimiento y sea considerada parte procesal. El código distingue entre "partes" –art. 87.1 CP– que entendemos procesales, e "interesados" –art. 81.3 CP–, que entendemos referidos a las víctimas concretas y a los únicos efectos de opinar sobre la responsabilidad civil. La defensa del penado tiene que ser necesariamente oída antes de la resolución de la suspensión (STC. 248/2004, de 22.1).

El auto tiene que ser motivado. En él deben constar la ponderación de las razones que llevan a tomar una decisión positiva o negativa toda vez que en este tipo de materias, tal y como viene declarando el Tribunal Constitucional, queda afectado el

valor superior de la libertad; ponderación de fines de la institución y bienes y valores en conflicto: elementos de prevención general, necesidades de resocialización (SSTC 79/1998, de 1.04, 8/2001, de 5.01, 25/2000, de 31.01 y 110/2003, de 16.06). Es insuficiente que la decisión judicial se exprese en una resolución estereotipada, sin fundamentación (STC. 248/2004/ de 20.12 y 202/2004 de 15.11). En caso de denegación, ésta tiene que ser notificada a la persona afectada al ser una medida que supone el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, no siendo suficiente la realizada al procurador (AAP, Santander, secc. 1.ª, 39/2000, 3.3).

La concesión se remite al registro Central de penados y rebeldes del Ministerio de Justicia para su inscripción, quien debe cursar recibo. Posteriormente se procede a decretar archivo provisional de la ejecutoria hasta la finalización del plazo suspensivo.

Frente al auto se puede interponer recurso de reforma, y si no fuese aceptado, el de queja ante la Audiencia Provincial frente a los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso (Art. 787 LECr.). Si el auto es dictado por la Audiencia Provincial cabe la interposición de un recurso de súplica ante la misma sala (art. 236 a 238 LECr.), pero no recurso de casación (STS 539/2002, 25.3). También es posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (STC. 1157/1997, de 16.6), cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y se aprecie infracción de derecho fundamental: tutela judicial efectiva pues la decisión judicial afecta al valor libertad en cuanto modaliza la forma de ejecución de la restricción de libertad –ausencia de motivación. Tutela judicial efectiva– (SSTC 25/2000, de 31.01 y 8/2001, de 15.01).

Si se revisa una sentencia y la nueva pena impuesta permite la suspensión de la pena aunque la anterior no lo consintiese por su duración, nada impide que puedan ser aplicada la suspensión de la ejecución de la pena (Circular FGE 1/96 y 1/2004, de 22.12.2004).

2. *Suspensión para enfermos graves con padecimientos incurables (art. 80.4 CP)*

A) *Concepto*

Consiste en la posibilidad legal de suspender "cualquier pena" a quienes sufren una enfermedad grave con padecimientos incurables: privativas de libertad, privativas de derechos y pecuniarias. El fundamento reside en los principios de humanidad y dignidad del penado que prevalece sobre la ejecución de cualquier reproche penal; así como en la interpretación "Cualquier pena" que mantiene una redacción específica, a diferencia de las "privativas de libertad" del art. 80.1 y 87 CP. (A favor de esta tesis, SÁNCHEZ GARCÍA, en contra, LLORCA ORTEGA, SÁNCHEZ YLLERA). Con similar contenido, pero posterior al ingreso en prisión, existe el art. 104.4 RP –tercer grado por enfermedad-, y libertad condicional anticipada art. 92 CP y 196.2 RP. Art. 15 CE (derecho a la vida y a la integridad en dimensión física y moral). Ver sentencias AP de Madrid sección 5.^a reseñadas en el capítulo correspondiente a la libertad condicional. El fundamento reside en el principio de humanidad de las penas. La pena se transforma en inhumana si el sufrimiento inherente a la enfermedad supone una carga adicional a la de la pena, con un sufrimiento excesivo (STC 5/2002, 14.01).

B) *Requisitos*

Que no tenga en el momento de comisión del delito otra pena suspendida por el mismo motivo. No exige peligro de muerte inminente ni inmediato... "exigencia de grave e incurable, con evolución desfavorable por estancia en la cárcel, con empeoramiento de salud, acortando su vida, aún sin riesgo inminente de su pérdida" (STC 48/96, de 25.03). La acreditación de esta situación se puede realizar a través de informes médicos de hos-

pitales, públicos o privados; así como por el médico forense adscrito al Juzgado o Tribunal (STS 1545/2001, 26.07). El informe debería contener: pronóstico vital a corto/medio plazo, posibilidades de cobertura social y familiar de atención, acompañamiento y realización del duelo, estado físico como dificultad para delinquir, influencia directa negativa de la estancia en la cárcel en la salud.

La administración penitenciaria se encarga del seguimiento y control de los deberes u obligaciones que se impongan (art. 83.1.5.º.6. CP) y el tratamiento del art. 87 CP. Entrevista con el penado y centro o servicio donde se va a realizar el programa. Informarán al Juez o Tribunal sentenciador de la evolución de reglas impuestas, como mínimo cada tres meses, así como de su incumplimiento. (RD 515/2005, de 6 de mayo).

C) *Cuestiones procesales*

La resolución judicial adquiere forma de auto y se dicta después de la firmeza de la sentencia. El auto tiene que ser motivado. En él deben constar la ponderación de las razones que llevan a tomar una decisión positiva o negativa toda vez que en este tipo de materias, tal y como viene declarando el Tribunal Constitucional queda afectado el valor superior de la libertad; ponderación de fines de la institución y bienes y valores en conflicto: elementos de prevención general, necesidades de resocialización (SSTC 79/1998, de 1.04, 8/2001, de 5.01, 25/2000 de 31.01 y 110/2003, de 16.07).

Es posible la interposición de recurso de reforma, y si no fuese aceptado, el de queja ante la Audiencia Provincial frente a los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso (Art. 787 LECr.). Si el auto es dictado por la Audiencia Provincial cabe la interposición de un recurso de súplica ante la misma sala (art. 236 a 238 LECr.), (STS 25.3.2002), no cabe recurso de casación. También es posi-

ble recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (STC 115/97, de 16.6), cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y se aprecie infracción de derecho fundamental: tutela judicial efectiva pues la decisión judicial afecta al valor libertad en cuanto modaliza la forma de ejecución de la restricción de libertad –ausencia de motivación. Tutela judicial efectiva– (SSTC 25/2000, de 31.01. y 8/2001, de 15.01).

Delincuente drogodependiente *

3. *Suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes*

A) *Concepto*

Es la posibilidad legal de que la *persona condenada no ingrese en la cárcel*, al quedar en suspenso la pena, siempre que se cumplan determinados requisitos, así como las condiciones que el juez determine; todo ello durante un plazo de tiempo, transcurrido el cual, la responsabilidad penal queda extinguida. Esta alternativa está encaminada a la rehabilitación del delincuente drogodependiente (STS 409/2002, de 7.3).

B) *Requisitos*

No es necesario que concurren los requisitos del art. 81.1.º y 2.º. Se mantiene la exigencia de pago de responsabilidad civil o declaración judicial de su imposibilidad total o parcial, previa audiencia a los interesados y al fiscal. Se exige que la persona haya cometido el delito a causa de la dependencia a las sustancias del art. 20.2 CP. No se exige que se reconozca en la sentencia la drogadicción como atenuante o eximente; simplemente es necesario acreditar la drogadicción y la vinculación con la conducta delictiva, incluso con posterioridad a la sentencia (AAP, Las Palmas, secc. 1.ª, 113/2000, de 19.05, AAP, Valencia,

secc. 5.ª, 217/1998, de 4.11). La pena de prisión no puede ser superior a cinco años (art. 87.1 CP). Puede aplicarse cuando se trata de suma de las penas impuestas en la misma sentencia, en caso de concurso (AAP, Vizcaya, secc. 6.ª, 198/2000). Tiene que certificarse suficientemente por centro público o privado, debidamente acreditado u homologado que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tal proceso, en el momento de la decisión judicial. Este requisito no debería exigirse si el penado estuviera en prisión preventiva, pues lo haría inaplicable, salvo que el reo estuviese realizando algún programa de deshabitación en la cárcel. Es suficiente con que se acredite durante el recurso (AAP Burgos, secc. 1.ª, 8.11) o en el período de ejecución de sentencia (AAP, Valencia, secc. 5.ª, 217/1998, de 4.11). Legalmente, no se exige que sea en centro cerrado o comunidad terapéutica. Puede ser en tratamiento ambulatorio, con los controles y seguimientos establecidos por los responsables terapéuticos del centro, controlados por el Juez y los servicios de la administración penitenciaria (RD 515/2005). El fundamento de esta medida no es la privación de libertad, sino la rehabilitación de la persona condenada. La reincidencia (art. 22.8 CP) no impide la aplicación de esta suspensión, pero se valorará teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del autor (Art. 87.2 CP).

Los criterios legales de concesión judicial (art. 87 CP) son principalmente, la adicción a sustancias estupefacientes –art. 20.1 CP– y las posibilidades de rehabilitación medio idóneo para la reintegración social y recuperación como ser libre (STS 301/99, de 19.2). La peligrosidad criminal del sujeto tiene relación directa con estos elementos. Los criterios extralegales de concesión son la existencia de una situación de dependencia a alguna sustancia descrita en el art. 20.2 CP, posibilidades de rehabilitación, determinación del programa terapéutico más idóneo, valoración terapéutica de la trayectoria de drogodependencia, de los intentos de rehabilitación y especialmente de la motivación actual de la persona para superar o controlar –programas de reducción de daños como la metadona– la adicción.

C) *Condiciones de cumplimiento*

Las condiciones de cumplimiento de esta suspensión son la no comisión del delito en el plazo señalado, entre tres y cinco años (art. 87.3 CP). Si el penado está en proceso de rehabilitación se condiciona a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros informarán de la evolución al Juez o Tribunal cuando éstos los señalen y nunca por período superior a un año. El seguimiento también se hará por los servicios sociales de la administración penitenciaria (RD 515/2005, de 6.5).

Si la persona delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena. El delito tiene que cometerse, juzgarse y adquirir firmeza en el plazo de suspensión. —Si los hechos son previos al auto de suspensión y el juicio y firmeza de sentencia lo son durante el plazo, no se puede revocar. —Si los hechos se cometen durante el plazo de suspensión, pero la sentencia no ha adquirido aún firmeza, tampoco se puede revocar porque la responsabilidad criminal se extingue (art. 130.3 CP en relación con 85.2 CP). Por la comisión de faltas no se revoca la suspensión, debido a la interpretación gramatical del término "delinquir": comisión de delito. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las condiciones impuestas, se revoca la suspensión.

Cuando finalice el plazo de suspensión sin que la persona haya delinquido se acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuación del reo en el tratamiento. De lo contrario, se puede ordenar el cumplimiento de la pena, salvo que oídos los informes correspondientes se estime necesario la continuación en el tratamiento; para ello se ampliará el plazo de suspensión dos años más. En este caso —abandono o no finalización del tratamiento— habrá que acreditar nuevamente la voluntad de reiniciar el tratamiento.

El abandono de un programa y el inicio de otro, no debería ser causa de revocación de la suspensión de la condena. En función de la evolución terapéutica del penado se podría cambiar

de programa siempre que informes de especialistas lo motivaran suficientemente.

La administración penitenciaria se encarga del seguimiento y control de los deberes u obligaciones que se impongan (art. 83.1.5.º 6. CP), así como del tratamiento del art. 87 CP. Entrevista con el penado y centro o servicio donde se va a realizar el programa. Informarán al Juez o Tribunal sentenciador de la evolución de reglas impuestas, como mínimo cada tres meses, así como de su incumplimiento. (RD 515/2005).

D) *Cuestiones procesales*

El auto tiene que ser motivado. En él deben constar la ponderación de las razones que llevan a tomar una decisión positiva o negativa toda vez que en este tipo de materias, tal y como viene declarando el Tribunal Constitucional queda afectado el valor superior de la libertad; ponderación de fines de la institución y bienes y valores en conflicto: elementos de prevención general, necesidades de resocialización, (SSTC 79/1998, de 1.04, 8/2001, de 5.01, 25/2000 de 31.01 y 110/2003, de 16.06). No es suficiente en resolución estereotipada, sin fundamentación (STC. 248/2004/ de 20.12).

Puede interponerse recurso de reforma, y si no fuese aceptado, el de queja ante la Audiencia Provincial, frente a los autos del Juez de Instrucción y del Juez de los Penal que no estén exceptuados de recurso (art. 787 LECr.). Si el auto es dictado por la Audiencia Provincial cabe la interposición de un recurso de súplica ante la misma sala (art. 236 a 238 LECr.). (STS 539/2002, de 25.3), pero no de casación. También es posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (STC 115/97, de 16.6), cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y se aprecie infracción de derecho fundamental: tutela judicial efectiva pues la decisión judicial afecta al valor libertad en cuanto modaliza la forma de ejecución de la restricción de libertad —ausencia de motivación. Tutela judicial efectiva— (SSTC 25/2000, de 31.01 y 8/2001, de 15.01).

Existe la posibilidad de revisión de sentencias firmes dictadas cuando se impuso pena que impidiese la suspensión con anterioridad a la entrada en vigor de LO 15/2003, si la revisión puede dar lugar a la aplicación de la suspensión privilegiada (AAP Valencia sección 5.^a, de 4.11.1998); -Circular FGE 1/2004 de 22.12.2004-.

4. Suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de indulto (art. 4.4 CP)

A) Concepto

Consiste en la posibilidad legal de que la persona condenada no ingrese en la cárcel, al quedar en suspenso la ejecución de la pena durante la tramitación del expediente de indulto. Aplicación de un sano principio de equidad basado en la prevalencia del carácter resocializador de la pena sobre el retributivo y del principio de necesidad de su cumplimiento frente al del merecimiento por los hechos cometidos. Esta alternativa es una discreta incursión del principio de oportunidad en ejecución de sentencia. Cuando el cumplimiento de una pena se convierta en una pura herramienta de disocialización, el indulto se presenta como un adecuado mecanismo de corrección cuya virtualidad quedaría completamente vaciada en algunos casos si se negase absolutamente la posibilidad de suspender la ejecución de las penas privativas de libertad ante la solicitud de un indulto. La Instrucción 5/1992 de la Fiscalía General del Estado establece el fin humanitario de la pena y la no exigencia de estar en prisión para tramitar el indulto.

B) Criterios legales de aplicación

El art. 4.4 CP establece dos criterios. El primero, cuando el cumplimiento de la pena pueda vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Los criterios jurídicos que se pue-

den tener en cuenta son: la naturaleza y circunstancias del litigio, márgenes ordinarios de duración de los procesos del mismo tipo, conducta procesal correcta de la parte y actuación del órgano judicial que sustancia el proceso (STS 101/94, de 25.01). "Sin una resolución fundada del Tribunal de instancia sobre la existencia de las dilaciones indebidas no cabe la suspensión de la pena prevista en este precepto (STS 1367/98, de 17.6). Existe una excepción: cuando las dilaciones indebidas pueden referirse en la fase de ejecución, en cuyo caso, el juzgador no puede recoger la vulneración de este derecho fundamental en la sentencia. Si el tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la firmeza de la sentencia o incluso de la ejecución del delito, si no es por causas imputables al reo, es excesivo -más de siete años, STS 994/94, de 14.5- se podría considerar esta causa para la suspensión de la ejecución. El segundo criterio consiste en que de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.

Pueden fijarse algunos criterios extrajudiciales para su aplicación. En este sentido, el transcurso de más de cinco años desde la comisión de los hechos, la reparación material/simbólica del daño causado a la víctima, la superación de las causas sociales y personales que motivaron la conducta delictiva, la finalización de programas de rehabilitación de drogodependencias para los que el cumplimiento de la pena ponga en peligro de consolidación el proceso de recuperación, la voluntad expresa de la víctima de concesión de indulto y la consolidación de un proceso de mediación víctima/infractor.

C) Cuestiones procesales

Frente a la resolución puede interponerse recurso de reforma, y si no fuese aceptado, el de queja ante la Audiencia Provincial, frente a los autos del Juez de Instrucción y del Juez de los Penal que no estén exceptuados de recurso (art. 787 LECr). Si el auto

90 CP "Habría de ser externa"

es dictado por la Audiencia Provincial cabe la interposición de un recurso de súplica ante la misma sala (art. 236 a 238 LECr.). (STS 539/02, de 25.3), no cabe recurso de casación. También es posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (STC. 115/97, de 16.6, cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y se aprecie infracción de derecho fundamental: tutela judicial efectiva pues la decisión judicial afecta al valor libertad en cuanto modaliza la forma de ejecución de la restricción de libertad –ausencia de motivación. Tutela judicial efectiva– (SSTC 25/2000, de 31.01 y 8/2001, de 15.01).

5. *Suspensión de la ejecución de la pena por trastorno mental sobrevenido*

A) *Concepto*

Posibilidad legal de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda suspender la ejecución de la pena privativa de libertad a la persona condenada, después de la firmeza de la sentencia, cuando se aprecie en aquél una situación duradera de trastorno mental que le impida conocer el sentido de la pena. El Juez garantizará la atención médica necesaria imponiendo una medida de seguridad consistente en el internamiento en un centro especializado. Lamentablemente esta suspensión se aplica excepcionalmente al no existir centros específicos y adecuados para tratar estas enfermedades. Los problemas de salud mental graves que existen en prisión son cada vez más numerosos. En los casos más graves se les trasladan a los psiquiátricos penitenciarios; en otros, debido a la especial conflictividad de estas personas son clasificados en régimen cerrado por la inadaptación al régimen de vida de la prisión y sometidos a tratamientos con psicofármacos por médicos no especializados en salud mental. El fundamento de esta suspensión es múltiple:

— Principio de motivabilidad de las normas penales. No es suficiente con que la persona conozca y comprenda el ilícito penal, sino que es necesario además que se encuentre en una situación mental en la que pueda ser motivado de tal forma por la pena que se abstenga de delinquir. A este fin se establece que el trastorno mental debe impedir conocer el sentido de la pena para aplicar este precepto: el reo desconoce el porqué ni el para qué de su situación: en estas condiciones, el cumplimiento material de la pena deviene en inútil a los efectos pretendidos de intimidación y corrección del reo.

— Principio de necesidad de la pena. Se prevé que el Juez pueda darla por extinguida totalmente o en parte cuando sea innecesaria o contraproducente.

— Principio de intervención mínima y de subsidiariedad. Se prevé la posibilidad de asistencia médica precisa, en contra de la intervención penal a fin de solucionar el conflicto personal y social en el que se haya la persona.

— Introducción del principio de equidad, más oportuno que el de justicia/legalidad, al permitir al Juez más flexibilidad en orden a tomar en consideración las circunstancias personales que motivan la vulnerabilidad en la que se haya la persona condenada.

B) *Criterios legales de aplicación*

Existen varios criterios legales de aplicación de esta suspensión, tales como:

— Existencia de trastorno mental grave que impida conocer el sentido de la pena. Exige la existencia de un informe médico de un hospital público o privado, así como del médico forense adscrito al juzgado. De estar en la cárcel se debería exigir informe del equipo técnico.

— Apreciación posterior a la firmeza de la sentencia. Por tanto, la ejecución de la pena puede no haberse iniciado y el penado

puede no estar cumpliendo aún la pena en el centro penitenciario –aplazamiento–. En este caso el competente es el Juez de Vigilancia de la demarcación de la Audiencia Provincial correspondiente.

— El incidente de trastorno mental sobrevenido ya no queda restringido a supuestos de sentenciados condenados a penas privativas de libertad, sino a todos los condenados a penas de cualesquiera naturaleza, sean privativas de libertad, privativas de derechos, o a multas.

— La imposición de medida de seguridad privativa de libertad no puede ser más gravosa que la pena sustituida. La gravedad se refiere a la extensión temporal máxima y a las condiciones de vida del centro, de lo que se deduce que se debe hacer efectiva en uno público o privado, especializado, y nunca en un psiquiátrico penitenciario.

— Restablecida la salud mental, el penado cumplirá la sentencia, salvo que la pena hubiese prescrito, o por razones de equidad pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que resulte contraproducente o innecesario. En órgano jurisdiccional encargado de esta resolución es el Juez o Tribunal que dictó la sentencia.

— Es aplicable a las faltas en base el fundamento mismo de la pena como medida aflictiva, y sus finalidades intimidatorias y correctoras, pierden todo sentido cuando el condenado desconoce el sentido de la pena que le fue impuesta; además, radica en el Libro I –"disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal"–, sin que exista norma alguna excluyente de su aplicación a las faltas, similar a la del art. 638 CP. No se pueden imponer de medidas de seguridad adicionales.

C) Cuestiones procesales

La competencia para resolver sobre la suspensión y medidas de seguridad aplicables corresponde al JVP. Las eventuales

decisiones para los casos de recuperación de la salud mental por parte del penado vienen a conservarse en el ámbito competencial del Juez o Tribunal sentenciador –art. 60.2 CP–. En las penas no privativas de libertad y cuando el cumplimiento material no se hubiera iniciado la intervención del JVP es innecesaria y retardataria por no tener contacto personal con el reo. Solo cuando el reo se encuentra en un centro penitenciario, y sea privativa de libertad, aparece en realidad justificada la intervención del JVP como natural y sin distorsiones.

El procedimiento se inicia cuando se tiene conocimiento de la situación de trastorno mental grave del penado por parte del JVP. Para los penados condenados a penas privativas de libertad cuyo cumplimiento material se hubiera iniciado, dicho conocimiento es por la propia apreciación personal del Juez, en el curso de una entrevista, o bien por comunicación de la dirección del centro penitenciario, del fiscal, del letrado del reo, de un familiar, o de cualquier persona que le constara esa situación de trastorno mental grave.

La asistencia letrada tiene carácter preceptivo mediante nombramiento de abogado del penado, si no lo tuviere. La presencia del abogado no viene prevista en el art. 60 CP, ni tampoco en la normativa procesal de los Juzgados de Vigilancia hasta la formalización de un eventual recurso de apelación. Pero sí se recoge en el art. 993 LECr y es necesaria para compensar los posibles déficits de capacidad psíquica del penado, que mermarían sus posibilidades reales de defensa.

La resolución tiene que ser por auto motivado –arts. 245.1.b) LOPJ, y párrafo tercero del art. 141 LECr.– Deberá notificarse al fiscal y al penado, a los efectos de eventuales recursos, y tiene que ser puesto en conocimiento de las acusaciones que hubieran sido oídas en el incidente. Si se suspende la pena se tiene que poner en conocimiento de la dirección de la cárcel y al Juez o Tribunal sentenciador tan pronto adquiera firmeza.

Respecto al régimen de recursos, al no aparecer contemplado el régimen de recursos, a efectos de legitimación regirá el dise-

ño general contemplado por la DA 5.^a LOPJ, que restringe la legitimación al interno, al liberado, y al Ministerio Fiscal -inciso segundo del apartado 9; los recursos factibles serán el de reforma -apartado 1-, el de apelación -en todo caso, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2, al tratarse de materia de ejecución de penas, ante el Juez o tribunal sentenciador, y caso de pluralidad de los mismos, el que impuso la pena más grave, y si hubiere varios que impusieron la misma pena más grave, el que la impuso en último lugar; y ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional si el Juzgado de Vigilancia fuera el Central-, en su caso de queja -apartado 4-, y eventualmente de casación para unificación de doctrina -apartado 8-. El recurso de apelación se acomodará a la tramitación del procedimiento abreviado -apartado 9-, y no tendrá efectos suspensivos sino en los casos contemplados en el apartado 5 de la DA 5.^a LOPJ.

IV. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA

1. *Sustitución Genérica*

A) *Concepto*

Consiste en la posibilidad legal de sustitución de las penas impuestas, de la forma señalada en la ley, por otras menos lesivas para los bienes jurídicos de la persona condenada, cuando concurren determinados requisitos. Permite conjugar los fines de prevención especial -pena menos lesiva- y los de prevención general -cumplimiento de una pena- (AAP Castellón, secc. 1.^a, 98-A/2000, 10.4., AAP Gerona, secc. 3.^a, 379/2001, de 14.11).

B) *Formas y requisitos*

Se exige que la pena de prisión no exceda de un año, en cuyo caso puede sustituirse por multa o trabajos en beneficio de la

comunidad. Para ello, el penado no puede ser reo habitual (art. 94 CP-condenado por tres o más delitos del mismo capítulo en cinco años). Además, se exige al Juez una valoración de las circunstancias personales del reo, su conducta, la naturaleza del hecho (bien jurídico protegido y gravedad de los hechos), y especialmente, el esfuerzo por reparar el daño causado. Se extiende a suma de penas impuestas en la misma sentencia (AAP Vizcaya, secc. 6.^a, 198/2000, de 2.06). Fundamento: interpretación gramatical del término "penas". El cómputo de sustitución es de un día de prisión por dos cuotas multa o por una jornada de trabajo.

En los supuestos de condena del art. 173.2 CP -delito de violencia doméstica- únicamente se puede sustituir por trabajos en beneficio de la comunidad. Además impondrá programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, así como obligaciones y deberes previstos de los arts. 83.1 y 2: Prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o a comunicarse con ellos. No pueden sustituirse penas que sean sustitutivas de otras (art. 88.3 CP).

Excepcionalmente se exige que la pena de prisión no exceda de dos años, en cuyo caso puede sustituirse por multa o multa y trabajos de la comunidad. Para ello, el penado no puede ser reo habitual (art. 94 CP-condenado por tres o más delitos del mismo capítulo en cinco años). Además, se exige al Juez una valoración de las circunstancias del hecho y del culpable en orden a relacionar el cumplimiento de la pena con la frustración de los fines de prevención y reinserción social. El cómputo de sustitución es de un día de prisión por dos cuotas multa o por una jornada de trabajo. No puede sustituirse penas que sean sustitutivas de otras (art. 88.3 CP).

En los supuestos en que la pena sea inferior a tres meses de prisión, en cuyo caso la sustitución es obligatoria conforme a las normas del art. 88 CP (art. 71.2 CP).

C) *Incumplimiento*

Si la persona incumple en todo o en parte la pena sustitutiva, se ejecutará la pena de prisión inicialmente impuesta descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con las reglas de conversión establecidas.

D) *Cuestiones procesales*

La resolución judicial adquiere forma de auto motivado y se dicta en la misma sentencia o después de su firmeza, pero siempre antes del inicio de la ejecución (es indiferente que exista orden de busca y captura o que se haya dictado el mandamiento de prisión, -AAP Gerona, secc. 3.^a, 231/2000, de 25.5-). Es necesaria la audiencia de las partes: fiscal y acusación particular. La víctima no puede ser oída salvo que esté personada en el procedimiento y sea considerada parte procesal. El código distingue entre "partes" -art. 87.1- que entendemos procesales, e "interesados" -art. 81.3-, que entendemos referidos a las víctimas concretas y a los únicos efectos de opinar sobre la responsabilidad civil.

Es posible la interposición del recurso de reforma, y si no fuese aceptado, el de queja ante la Audiencia Provincial, frente a los autos del Juez de Instrucción y del Juez de los Penal que no estén exceptuados de recurso (art. 787 LECr.). Si el auto es dictado por la Audiencia Provincial cabe la interposición de un recurso de súplica ante la misma sala (art. 236 a 238 LECr.). (STS 539/02, de 25.3), no es posible el recurso de casación. También es posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (STC 115/97 de 16.6, cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y se apreciara infracción de derecho fundamental -ausencia de motivación. Tutela judicial efectiva-.

2. *Sustitución de la pena para extranjeros*

A) *Concepto y efectos*

Consiste en la posibilidad legal de sustitución de las penas impuestas a las personas extranjeras no residentes legalmente en España, por su expulsión del territorio español, salvo que excepcionalmente y de forma motivada se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro Penitenciario en España. La expulsión conllevará el archivo de cualquier procedimiento administrativo para residir o trabajar. Si acordada la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se cumplirá la pena originariamente impuesta. No podrá ser aplicado a las personas extranjeras que hubieren sido condenadas por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 318, bis, 515.6.º, 517 y 518 CP. A las personas extranjeras no residentes legalmente en España no se les aplicarán las formas suspensivas y sustitutivas de la pena (arts. 80, 87 y 88 CP). Aplicación desigual de la norma penal por una cuestión administrativa -residencia-. Españoles y extranjeros residentes legalmente o comunitarios la pena puede ser suspendida o sustituida. En casos de imposibilidad física de expulsión (por apátrida, porque el país de origen no acepte la devolución, o por desconocimiento de la nacionalidad) debería aplicarse la suspensión de condena y la sustitución -arts. 80, 87, 88, 4.4, 60 CP-. Desde una interpretación teleológica de este precepto, la negativa de la suspensión a los extranjeros no residentes legales se hace para provocar su expulsión. Si ésta no puede llevarse a cabo deberían aplicarse tales beneficios. Lo contrario supondría una discriminación injustificada respecto del resto de las personas condenadas.

B) *Cuestiones procesales*

La resolución judicial de expulsión adquiere forma de auto y se puede dictar en la sentencia condenatoria o después de la

misma, incluso durante su ejecución. En las penas inferiores a seis años es necesaria la audiencia del Ministerio Fiscal. En las superiores, la expulsión se efectuará a instancias del éste. No es necesaria la motivación al ser la norma general. Posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 107/1984 de 23.11 y 99/1985, de 30.10, proclaman el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para nacionales y extranjeros. En este mismo sentido se manifiesta el art. 13 CE, la DUDH de 1948, Convenio de Roma de 1950 y PIDCP de 1966). La resolución de permanencia en España, tiene carácter excepcional y no necesita, por imperativo legal, una motivación específica, salvo la correspondiente a todas las resoluciones judiciales.

No se establece el trámite de audiencia del penado. Esta ausencia ha sido corregida por el Tribunal Supremo en Sentencia 901/04, de 8.07, señalando la necesidad de ponderación de las circunstancias de arraigo del penado y su situación familiar por parte del juez, por lo que es necesario el trámite de audiencia y la motivación de la resolución. En el mismo sentido, pero previamente, STC 242/1994, de 20.7).

La ejecución de la expulsión corresponde al juez o tribunal según el sistema general de ejecución (arts. 984 a 986 LECr); en la práctica la dificultad es constante porque la LO 19/2003, de 23.12, en su DA 17 establece que "la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible, y en todo caso, no superior a 30 días, salvo causa que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial".

C) Formas y requisitos

Se exige que la pena de prisión sea inferior a seis años. En este caso se procederá a la expulsión del territorio español, salvo que excepcionalmente y de forma motivada se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro Penitenciario en España. La persona expulsada no

podrá regresar a España en un plazo de diez años desde la fecha de la expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena. Por faltas es posible la expulsión (Informe del CGPJ sobre LO 11/2003; pero puede vulnerar el principio de proporcionalidad.

En los supuestos en que la pena sea superior a seis años se procederá a la expulsión cuando el penado acceda al tercer grado penitenciario o una vez cumplidas las 3/4 partes de la condena, salvo que excepcionalmente y de forma motivada se aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro Penitenciario en España. La persona expulsada no podrá regresar a España en un plazo de diez años desde la fecha de la expulsión, y en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

Esta regulación supone una posible sustracción a los extranjeros del tratamiento penitenciario y de forma efectiva, del sistema de clasificación, toda vez que únicamente pueden someterse a los regímenes de primer y segundo grado. La clasificación en tercero en cualquiera de sus modalidades supondrá la expulsión. Asimismo supone una dificultad para la concesión de permisos de salida. Si el fundamento legal del permiso es la preparación de la vida en libertad, la administración penitenciaria interpretará que ésta se hace efectiva a partir de la expulsión en el país de origen. Esta norma supone establecer dos regímenes penitenciarios, uno para españoles y extranjeros residentes legalmente en España, y otro para los extranjeros no residentes legalmente en España cuya pena sea superior a seis años.

Una tercera modalidad de expulsión consiste en que el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza. Tiene que constar este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión. En este supuesto la autoridad gubernativa solicita al Juez que, previa audiencia del fiscal, autorice en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justi-

fiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en varios juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización. No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los arts. 312 (delito de tráfico ilegal de mano de obra), 318 bis (delito de promoción de la inmigración ilegal), 515.6.º (asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas), 517 (fundadores de asociaciones que se dediquen al tráfico ilegal de personas) y 518 CP (quienes cooperen económicamente o de cualquier otra forma a las fundaciones o asociaciones dedicadas al tráfico ilegal de personas) (art. 57.7 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) (Desarrollo normativo en el art. 142 RD 2393/2004, de 30 de diciembre). El Juez, para autorizar la expulsión, tiene que ponderar trascendencia social del delito, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal (STC 24/2000 y CFGE 3/2001, de 21.12).

D) Incumplimiento

Si la persona extranjera intentara quebrantar la decisión judicial será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada, en su integridad. El art. 58.2 LOE establece que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los casos en los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.

E) Cuestiones de política criminal

El Incremento de extranjeros en prisión motivado por varias causas: mayor volumen de extranjeros en España, aumento de

penalidad de las condenas contra salud pública, menor acceso a las alternativas a la prisión, menor posibilidad de acceso a permisos y terceros grados, más posibilidades de prisión preventiva, marginalidad y precariedad social. El Perfil del extranjero en prisión: no residente legal, sin vinculación familiar, nivel educativo bajo, desconoce lengua castellana en los casos en que no es originaria (70%), ingresa por delitos contra la salud pública (44%, frente al 28% de nacionales por el mismo delito –junio 2005–), condenado mayoritariamente a pena que no alcanza los seis años, en segundo grado de clasificación. Las razones legales de su excarcelación por orden cuantitativo: libertad provisional, extinción de condena, expulsión del art 89 CP, orden de entrega europea, suspensión de ejecución y libertad condicional en España, libertad condicional en su país, extradición, expulsión administrativa con autorización judicial (70%), traslado a su país de origen a cumplir condena, expulsión a partir de las $\frac{3}{4}$ partes.

V. INDULTO

1. Concepto y contenido

El indulto es una expresión del derecho de gracia establecido en la Constitución (art. 62. i CE) cuya competencia reside en el Rey, aunque la concesión se lleva a cabo mediante Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros. Supone la renuncia del Estado a ejecutar una pena impuesta total o parcialmente (cabe la conmutación de una pena por otra menos lesiva) de cualquier clase de delito (art. 1 Ley 1870); no es posible la aplicación a las medidas de seguridad. Alcanza a la pena que aún no está ejecutada, y no es posible de los antecedentes penales (ATS 18.1.2001 RJ 2001/5683). El indulto alcanza tanto a las penas principales como a las accesorias a no ser aquellas inseparables por su naturaleza y efectos (art. 7 Ley de 1870), excepto las de inhabilitación para cargos Públicos y derechos políticos y suje-

Hechos indulto

ción a la vigilancia de la autoridad que requieren pronunciamiento expreso (art. 6 Ley de 1870). Se establece una serie de condiciones: no comisión de delito durante el tiempo de cumplimiento ordinario de la condena, no abandono del tratamiento rehabilitador, abono de las indemnizaciones civiles correspondientes. El indulto no puede perjudicar a terceros y se tiene que oír a la parte ofendida siempre que el delito fuese perseguible solo a instancia de parte (art 15.2 Ley de 1870). No conlleva la cancelación de los antecedentes penales (salvo el Decreto de 1 de abril de 1964), y no afecta a la responsabilidad civil ni a las costas procesales. En caso de ser pena de multa, no se devolverá la parte ya pagada (art. 8 Ley de 1870).

De la concesión del indulto están excluidos el presidente y miembros del Gobierno (art. 102 CE), los procesados no condenados por sentencia firme, los que no estuviesen a disposición del Tribunal sentenciador, los reincidentes –art. 22.8 CP–, salvo que a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia..." (art. 2 Ley de 1870 redactada conforme a la L 1/1988). Esta disposición no es aplicable a los penados por los delitos contra la seguridad del Estado enumerados –por referencia al derogado CP de 1973–.

2. Fundamentos

Los fundamentos del indulto son varios, entre los que cabe destacar: Mecanismo de equidad para corregir el contenido de una sentencia errónea frente a la que no cabe recurso –STS 30.5.1870–, o ante la no necesidad/utilidad de la pena impuesta. Puede suponer una corrección de la desproporcionalidad entre gravedad del hecho y culpabilidad del autor (art. 4.3 CP) STS 854/99, de 16.7), o de la relación de delitos (bien jurídico protegido/penas) (STS 1105/03, de 24.7). Es una expresión del principio de humanidad –razones de salud del condenado–, o

para penas no refundibles que excedan de 30 años (STS 2042/2000, 20.1). Asimismo, supone el interés del Estado en la ejecución e interés del mismo y de la sociedad de que dicha ejecución no cause más perjuicios personales y sociales que beneficios –resocialización del penado, rehabilitación de la drogadicción–. Supone una compatibilización de exigencias de justicia formal con justicia material al no ser posible aplicar nueva jurisprudencia a hechos ya enjuiciados (STS 2414/01, de 10.1). También supone una reparación de efectos de la dilación indebida proponiendo un indulto total o parcial de la condena impuesta (SSTS 158/97, de 11.2, 125/94, de 28.1). El dilatado tiempo transcurrido repercute incuestionablemente sobre la medida del reproche que el sistema penal pueda exigir a los autores de un hecho delictivo y su plasmación práctica.

3. Clases

Existen dos clases de indultos, el penal y el penitenciario. El penal, como dijimos anteriormente, supone la concesión del indulto que posibilita dejar de cumplir la pena que aún no se haya iniciado en su cumplimiento –indulto total–, o cumplir solamente parte de la impuesta o dejar de cumplir la que se inició –indulto parcial–. Se puede conmutar una pena de naturaleza diferente que la impuesta originariamente. Si existe concurso de delitos, el indulto tiene que aplicarse aisladamente a cada una de las penas impuestas (Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 11.5.1951). El penitenciario, regulado en el art. 206 RP establece la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria inicie la tramitación de indulto particular a propuesta de la Junta de tratamiento en la cuantía que aconsejen las circunstancias, previa propuesta del Equipo Técnico, cuando concurren de modo continuado y extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: A) Buena conducta. B) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el establecimiento o en el

exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad. C) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social. Es considerado como medida de individualización de la pena, en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, tendentes a conseguir su reeducación y reinserción social, como fin principal de la pena privativa de libertad.

4. Cuestiones procesales

El indulto se puede solicitar a partir de que la sentencia haya adquirido firmeza (art. 2.1 de Ley de 1870, redactado conforme a la Ley 1/1988). Se presentan en el registro del Ministerio de Justicia –Servicio de indultos de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia (art. 8,2,c del RD 1474/2000 de 4 de agosto–. Lo puede solicitar el Interesado u otra persona en su nombre. Ahora bien, no puede iniciarse un expediente de indulto ante la solicitud de terceros "a favor" del condenado. Puede hacerse en "nombre de", pero no de la otra manera, porque las personas que han manifestado su voluntad de no pedir su indulto no pueden pretender que se entienda que otras lo han pedido en su nombre. Asimismo puede ser solicitado por el Juzgado o Tribunal sentenciador, pero esta facultad no es revisable en casación (STS 1789/02, de 31.10, 169/02, de 14.10, 858/02 de 10.5, Auto de 18.7.1997; RJ 1998/194), por el Tribunal Supremo cuando lo crea conveniente, de forma razonada (art. 902 LECrim.), pero el acuerdo del TS es de no tomar la iniciativa en la solicitud de indulto (STS 2209/01, de 23.11).

A los dos meses, aproximadamente, de la presentación de la solicitud, aproximadamente, se remiten para informe al Tribunal sentenciador. Éste pedirá informes sobre la conducta del penado al jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena o al Gobernador de la provincia de residencia, si la pena no consistiera en la privación de libertad y oír

después al Fiscal y a la parte ofendida, si la hubiera. El Tribunal sentenciador hará constar en su informe la edad, estado y profesión del penado, su fortuna si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica derecho de tercero y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la Gracia. El Tribunal Supremo será competente para informar de indultos, como Tribunal sentenciador, cuando dicte segunda sentencia –en todo caso– (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la sala 2.^a TS de 5.4.2005, STS 7.1.2002, RJ 2002/3241, ATS 8.6.2001, RJ 2001/9119).

Contra la decisión denegatoria no cabe ningún recurso, tampoco contra la aplicación por los tribunales (STS de 8.2.1961). No es posible que el tribunal sentenciador controle la discrecionalidad de la motivación del indulto que constituye la esencia del perdón (Sentencia del Tribunal de Conflictos de 13.6.2001). En caso de denegación puede solicitarse de nuevo sin tener que esperar un año desde la denegación (Orden de 10 de septiembre de 1993).

VI. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Concepto

Suponen una respuesta al delito que atiende a la peligrosidad criminal de la persona y cuenta con una finalidad predominan-

temente reeducativa y de prevención general. "El Estado debe curar y atender al inimputable y proteger el mundo que rodea a la persona enferma" (STS 1535/2003, de 21.11). La base de aplicación es la inimputabilidad o semiinimputabilidad (arts. 20.1, 20.2, 20.3 y 21.1 en relación con las anteriores). El Estado no puede dar la misma respuesta a una persona motivable por la norma penal que a otra que no lo es. El límite del ius puniendi es la responsabilidad del sujeto. Introducen humanidad y racionalidad en el sistema penal, aunque es necesaria la dotación presupuestaria para medios materiales y personales. Con todo, suponen un menor coste económico que la prisión y una mayor eficacia para la prevención especial.

2. Principios y garantías

Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley –art. 1.2 CP– (Principio de legalidad –garantía criminal–). Carecerán de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad" –art. 2.1 CP– (principio de legalidad-irretroactividad). Las medidas de seguridad se pueden aplicar cuando "el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito" (principio de legalidad –taxatividad– y cuando "del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos" –art. 95.1 CP–. La peligrosidad no puede deducirse exclusivamente de ese hecho previo, sino de informes periciales. No es posible la aplicación de medidas de seguridad por faltas –se vulnera el principio de proporcionalidad–. Sólo podrá ejecutarse medida de seguridad en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente (art. 3.1 CP) (Principio de legalidad –garantía procesal y jurisdiccional). Con este art. se garantiza que las medidas de seguridad sean postdelictuales y que en el proceso para su aplicación se observen todas las nor-

mas procesales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (SSTS 971/04, de 23.7, 1666/2000, de 27.10). No podrá ejecutarse ninguna medida de seguridad de otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan –art. 3.2 CP– (principio de legalidad –garantía de ejecución–). La medida de seguridad no puede exceder del límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor –art. 6.2 CP– (principio de necesidad de la pena). Las medidas privativas de libertad sólo pueden imponerse si la pena por el delito cometido es también privativa de libertad (art. 95.2 CP, a sensu contrario, 96.2 CP y 101 a 104 CP); si no fuere privativo de libertad se podrán aplicar las del art. 96.3 CP (principio de proporcionalidad). Si la medida de seguridad es de internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiese sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia (art. 101.1 CP). Únicamente se puede fijar el límite máximo pero no la duración determinada de la medida (principio de proporcionalidad). Se trata de la pena concreta, no la abstracta del delito, GARCÍA ARÁN, en contra GRACIA MARTÍN, BARREIRO, CFGE 5/1997, de 24.2 haciendo más hincapié en la dicción del art. 6 y 104 CP que en el 101 CP así como en la naturaleza de la MS; idéntica solución SSTS 1939/02, de 19.11; 1176/03, de 12.9). La STS de 2107/01, de 12.11 señala que el límite máximo de la pena a imponer habida cuenta del tipo concreto, grado de ejecución, participación, circunstancias atenuantes o eximentes.

3. Clases

Las medidas de seguridad pueden dividirse en:

- Privativas de libertad (art. 96.2):
- Internamiento en centro psiquiátrico.

- Internamiento en centro de deshabitación.
- Internamiento en centro educativo especial.

• No privativas de libertad (art. 96.3):

- La inhabilitación profesional.
- La expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España.
- La obligación de residir en lugar determinado.
- La prohibición de residir en lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.
- La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.
- La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez o Tribunal sentenciador y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
- La privación del derecho a conducción de vehículos a motor y ciclomotores.
- La privación de derecho a la tenencia y porte de armas.
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.
- Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, profesional, de educación sexual y otros similares.

4. *Supuestos de aplicación de las medidas privativas de libertad*

En los casos de apreciación de eximente completa de enajenación mental por anomalía o alteración psíquica que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1 CP), se aplica la medida de seguridad siempre que fuese necesaria —cuando del hecho y de las circunstancias personales del autor pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro de nuevos delitos—, de medida de internamiento para tratamiento adecuado a su anomalía, o cualquier otra medida no privativa de libertad (art. 102.1 CP). De la exigencia de la necesidad del internamiento se desprende que la peligrosidad para aplicar esta medida para los exentos de responsabilidad debe probarse y no presuponerse. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo (art. 101.2 CP). La persona sujeta a medida de seguridad no puede abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador (art. 101.2 y 97 CP). El Juez o Tribunal sentenciador comunicará al fiscal con la suficiente antelación la proximidad de su vencimiento a efectos de solicitud de la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil, y en su caso internamiento conforme a las normas de la legislación civil (art. 104. 2 CP y DA. Primera CP). Este internamiento ya no puede ser en una cárcel, tiene que ser en una civil, donde debería haber sido ingresado desde el principio, pues la ley ha querido que la estancia sea en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía que padezca para su sanidad y no como castigo, que es lo que supone su estancia en la cárcel. Es posible la imposición de la medida de seguridad en la fase de ejecución en un incidente contradictorio, en fase de ejecución —SSTS 2066/2002, de 10.12, 13/4/2002, de 18.07 22—.

En los casos de apreciación de eximente completa por intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de la dependencia a tales sustancias, que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20.2 CP), se puede aplicar la medida de internamiento en centro de deshabitación público o privado, debidamente acreditado u homologado, o cualquier otra medida no privativa de libertad (art. 102.1 CP). El régimen de vida en el centro de deshabitación puede ser cerrado o en tratamiento ambulatorio, toda vez que además de la medida de internamiento (hecho que supondría un régimen cerrado), se prevé la aplicación de cualquiera de las medidas del art. 96.3 CP entre las que se nombran las del art. 105 CP, y entre éstas la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario; todo ello por vía de modificación de la medida de seguridad. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo (art. 101.2 CP). La persona sujeta a medida de seguridad no puede abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador (art. 101.2 CP y 97 CP).

En los supuestos de apreciación de eximente completa por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (art. 20.3 CP), se aplicará siempre que fuese necesario, se podrá aplicar una medida de internamiento en centro educativo especial o cualquier otra medida de seguridad no privativa de libertad (art. 103.1 CP). El Juez o Tribunal sentenciador comunicará al fiscal con la suficiente antelación la proximidad de su vencimiento a efectos de solicitud de la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil, y en su caso internamiento conforme a las normas de la legislación civil (art. 104.2 CP y DA.

Primera CP). La eximente del art. 20.3 CP no se refiere a déficits orgánicos, ni a meras disfunciones psicológicas, sino a auténticas carencias en el proceso de socialización que necesitan ser documentadas por los trabajadores sociales u otros peritos de las ciencias sociales y de la conducta. La redacción del CP 1983, modifica la anterior que restringía su aplicación al "sordomudo de nacimiento carente de instrucción". Incorpora con ocasión de la enmienda 282, presentada por el grupo socialista al apartado 4.º del art. 26 del Proyecto de 1980, que mantenía la regulación tradicional respecto a la sordomudez, proponiendo su ampliación extensiva a quienes por alteraciones en la percepción tengan gravemente alterada la conciencia de la realidad, en situaciones de ausencia de educación adecuada. Es posible aplicarla a personas que proceden de ambientes con sobrecarga de tensiones emocionales y conflictos psicológicos, penuria económica y falta de estímulos culturales, ausencia de transmisión de valores éticos, sociales. La existencia de carencias en la maduración infantil genera una introyección de valores y pautas de comportamiento propios de una socialización paralela a la normalizada, con importantes déficits que ocasionan una distorsión en la conciencia de la realidad y dificultades insalvables al pretender ajustarla conducta del sujeto al mandato normativo. Los elementos de socialización (familia, escuela, trabajo,) se han convertido en referentes que, lejos de ayudar a asumir un horizonte axiológico normalizado, contribuyen por hiperadaptación, a la desviación social. La STS 139/01, de 6.02 señala que el primer presupuesto de la eximente del 20.3 es el de alteraciones en la percepción, "debiéndose acoger no sólo las sensoriales sino también las situaciones trascendentes de comunicación con el entorno por falta de instrucción o de educación, de forma que el sujeto haya sufrido una merma importante e intensa en su acceso al conocimiento de los valores propios de las normas penales. Ahora bien, tal valoración ha de hacerse en relación al hecho que se atribuye" (en el mismo sentido la STS 296/99, de 24.02).

En los supuestos de apreciación de eximente incompleta (art. 21.1 CP en relación con el 20.1, 20.2, 20.3, 20.4 CP), además de las penas, podrá aplicar las medidas de seguridad de los art. 101, 102, 103 CP. Sólo se podrá aplicar el internamiento en el caso de que la pena sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista en el Código Penal para el delito correspondiente (art. 104 CP). En caso de la concurrencia de penas y medidas de seguridad —eximente incompleta— se adopta el sistema vicarial: la pena y la medida no se acumulan, sino que se integran mutuamente. Si coexisten la pena y la medida de seguridad, el Tribunal ordenará cumplir, en primer lugar, la medida de seguridad. De manera que, en caso de que se obtengan los efectos de recuperación personal buscados por aplicación de la medida, la pena quedará posteriormente en suspenso hasta la finalización total de la misma según el tiempo de duración establecida en la sentencia. En este caso, el Juez o Tribunal, puede aplicar alguna medida de seguridad que no sea privativa de libertad prevista en el art. 96.3 (art. 99 CP). Si con la aplicación de la medida de seguridad no se consiguieran los efectos buscados, o si la ejecución de la pena no pusiera en peligro los resultados alcanzados por la aplicación de la medida, se aplicará la pena, pero siempre abonando a ésta el tiempo que la persona estuvo sometido a la medida de seguridad. De esta forma, el principio *non bis in idem* no quedaría vulnerado. La aplicación de la medida de seguridad es facultativa para el juez o tribunal (STS 1288/01, de 28.6).

En los supuestos de atenuante de grave adicción a drogas el CP 1995 cierra la posibilidad de aplicar una medida de seguridad. Es una grave omisión de la posibilidad de aplicación de las medidas de seguridad a la atenuante de toxicomanía, posibilidad que venía prevista en el Proyecto de 1994. No obstante, el TS posibilita la aplicación de una medida de seguridad cuando concurre atenuante de grave adicción en la STS 628/2000, de 11.4: "para las personas cuya culpabilidad aparece reducida por una grave adicción y a las que el tratamiento rehabilitador ade-

cuado se presenta, desde los estudios científicos realizados, como la única alternativa posible para procurar su rehabilitación y reinserción social conforme postula el art. 25 de la CE nos obliga a interpretar la norma penal desde las finalidades de la pena y desde las disposiciones del legislador". Idéntico contenido entre otras STS 201/01, de 6.3, 524/01 de 29.3, 1754/03, de 26.12.

Es posible, de forma excepcional, la acreditación de la drogodependencia después de la sentencia. El día del juicio pueden no existir pruebas por deficiente instrucción o negligente defensa. Si una persona se encuentra en un Centro de rehabilitación y es condenado, y no consta toxicomanía en sentencia, encarcelarle supone una ruptura de los procesos de rehabilitación en marcha y una negación del principio de individualización de la pena frustrando la vía de la reinserción social a quien con gran esfuerzo y coste personal y familiar —principio de personalidad de la pena— e institucional, realiza su proceso de rehabilitación en un Centro Terapéutico (AAP Las Palmas de 27.6.1994, AAP Madrid 5.^a 1.2.1995, 11.1.1995, 26.6.1996, 1612.1996). Supone una vulneración del principio de necesidad de la pena, en tanto que la pena más cruel no es la más grave sino la más inútil. La justificación de la pena es su necesidad. En los supuestos de trastorno mental sobrevenido. En aplicación del art. 60 CP se pueden aplicar las medidas de seguridad con posterioridad a la condena cuando ésta quede en suspenso cuando se aprecie una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena.

5. Criterios de aplicación de las medidas privativas de libertad

Es necesario la apreciación de eximente completa o incompleta y, excepcionalmente atenuante. Asimismo tiene que acreditarse la peligrosidad, deducida ésta del hecho o de las cir-

cunstancias personales de aquél. El juzgador debe tomar como base los informes periciales médicos, psicológicos o sociales que "considere convenientes" a fin de acreditar la peligrosidad de la persona que ha cometido un delito (art. 95.1 CP). El término "Informes convenientes" necesita interpretación extensiva; amplia legitimación a las partes para la petición de prueba, durante la fase de instrucción, de juicio oral, y de ejecución que acredite todas las circunstancias sociales, personales y psicológicas que hayan intervenido en la conducta delictiva.

6. Cuestiones procesales

Respecto del procedimiento abreviado, la regulación vigente se concreta en el párrafo primero del art. 782.1 LECr, redacción introducida por Ley 38/2002, de 24 de octubre, que establece que "*si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del art. 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal*"; dicha previsión se hace extensiva al procedimiento de enjuiciamiento rápido por la remisión explícita formulada por el inciso segundo del art. 800.1 LECr. En cuanto al procedimiento regulado en la Ley del Jurado, el art. 32.1 de la LO 5/1995, de 25 de mayo, se mantiene similar solución.

7. Modificación de las medidas privativas de libertad

El Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá presentar una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la

medida de seguridad privativa de libertad, una vez al año (art. 97 CP) ATS 19.12.2001. Se adoptará en un procedimiento contradictorio con todos los derechos y garantías constitucionales; defensa, tutela judicial efectiva y recursos. Se propondrá el cese de cualquier medida cuando desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto porque haya conseguido finalizar un tratamiento concreto y obtenga alta terapéutica. Asimismo, se propondrá la sustitución de una medida por otra que se considere más adecuada entre las previstas para el supuesto de que se trate. En caso de que se acordase dicha sustitución y la persona evolucionara desfavorablemente se dejará sin efecto la misma. Ejemplo: inadaptación del perfil adictivo a las normas terapéuticas del centro. Se podrá suspender la ejecución de una medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que lo impuso. Esta suspensión queda condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado. Si lo hiciera, la suspensión quedaría sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 95 (art. 97 CP).

efo
origen
ms
pero
medida

8. Medidas no privativas de libertad

La exención de responsabilidad o una disminución de la misma, bien sea como eximente completa o incompleta, permite aplicación junto a medidas de internamiento otra u otras que no consistan en privación de libertad. Existe la posibilidad de aplicación en fase de ejecución de la sentencia, bien al principio o durante la misma. El Juez o Tribunal tiene que razonarlo, valorando los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad -art. 105 CP- (STS 833/03, de 9.6). Los responsables del seguimiento de esta medida son el Juez de Vigilancia Penitenciaria, o los servicios administrativos correspondientes que deberán informar al Juez o Tribunal sentenciador. El Juez de

Vigilancia tiene que velar para que se garantice el cumplimiento de la medida de prohibición de acercarse al lugar donde se realizó el crimen durante los permisos penitenciarios (STS 369/04, de 11.3). Si concurre pena de prisión con medida de seguridad no privativa de libertad del art. 105 –ej. tratamiento ambulatorio en centro sociosanitario– debería aplicarse las normas del sistema vicarial del art. 99 CP (SSTS 1999/01, de 29.10, 452/04, de 1.4., SAP Vizcaya de 19.2.1999) ZULGADIA ESPINAR, SIERRA LÓPEZ). Otra posibilidad es la aplicación analógica del art. 59 CP, medidas cautelares sufridas y pena de prisión sean de distinta naturaleza: compensación (SAP Girona de 30.7.2002) (MAPELLI CAFFERENA, SANZ MORÁN).

Las medidas de seguridad, por tiempo no superior a cinco años, son:

- La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario
- La obligación de residir en lugar determinado.
- La prohibición de residir en lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.
- La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.
- Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, profesional, de educación sexual y otros similares.
- La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez o Tribunal sentenciador y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

Por un tiempo de hasta diez años:

- La privación de derecho a la tenencia y porte de armas.
- La privación del derecho a conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

Se exige la aplicación razonada por el Juez o Tribunal de la medida de inhabilitación para ejercicio de derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, de 1 a 5 años, si el hecho de ha cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación a él. Se exige peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes y que sea imposible imponerle una pena por encontrarse en algunas de las situaciones de los arts. 20.1, 20.2, 20.3 CP –art. 107 CP–.

Para los extranjeros no residentes legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del fiscal, excepcionalmente y de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta. La persona extranjera no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad (Art. 108.3 CP). Es necesario incluir la valoración de las circunstancias concretas del penado, arraigo y situación

familiar. Para ello es esencial el trámite de audiencia al extranjero y la motivación de la expulsión en la sentencia (STS 901/04, de 8.7)

9. *Quebrantamiento de las medidas de seguridad*

Si es Medida de internamiento se precisa el reingreso en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que sea adecuado a su estado (art. 100.1 CP); deducción de testimonio por el quebrantamiento de la medida (art. 100.3 CP). Si no son medidas que de internamiento. El Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la medida quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto del que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad (art. 100.2 CP); deducción de testimonio por el quebrantamiento de la medida (art. 100.3 CP). El quebrantamiento de una medida no privativa de libertad no exige de forma automática su sustitución por otra que conlleve la privación de libertad. De esta forma se respeta el proceso de recuperación personal del condenado que se realizará atendiendo a sus circunstancias personales, psicológicas y sociales.

10. *Cuestiones críticas y conclusiones*

Existe una ausencia e improvisación de medios financieros, económicos, personales y materiales. El problema surge cuando los centros Psiquiátricos civiles no admiten a quienes han cometido delitos (Auto de 20.6.2003 del JP 4 de San Sebastián). Los internamientos en centros psiquiátricos deben ejecutarse en psiquiátricos penitenciarios cuando los recursos extrapenitenciarios sean incapaces de garantizar la función asegurativa. Los Centros psiquiátricos penitenciarios son cárceles y no hospitales (SSTS 159/1985 y 23/1986.

Interpretación en sentido contrario de los arts. 182 y 183 RP. La Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril establece en el art. 3 que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva, y el art. 20 "la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y la total equiparación del enfermo mental a las demás personas usuarias del Sistema Nacional de Salud". La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los Hospitales generales. En el mismo sentido la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En este sentido el apartado 18 de los criterios de actuación, conclusiones y acuerdos de la XII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria se insta a las Administraciones Penitenciarias a que procedan a la creación de unidades psiquiátricas en los centros Penitenciarios que se reputen necesarios para atender la demanda de atención especializada de sus respectivas áreas territoriales, en cumplimiento del imperativo de velar por la salud de los "internos", previsto en el art. 3.4 de la LOGP, y en aplicación del criterio legal de separación previsto en el art. 16,d de la misma LOGP.

Las medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad deberían ser ejecutadas por el sistema de salud autonómico (ST 170/00 de AP Ciudad Real; ST 14/2003-B de 17.1 de JP 3 de Alicante. Una adecuada respuesta a la enfermedad mental y drogadicción reduciría el uso de la prisión. La administración pública debería implantar los recursos intermedios adecuados para el tratamiento terapéutico y la inserción social de personas después de la finalización del internamiento o de las correctivas no privativas de libertad. La administración pública debería poner a disposición de los jueces de los recursos necesarios para la ejecución de la medida de sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo o profesional, de educación sexual y otros similares.

zados por la CE, art 25. Este rasgo no determina, como cuestión alguna autor, que cambie su naturaleza y no se trate de una pena. Se trata de una pena privativa de derechos tal y como recoge el art. 39 y 49 del CP y el art. 2 RD 515/05.

Esta pena ha sido bien recibida doctrinalmente por la necesidad de medidas alternativas a la prisión, otra cuestión es que se esté usando de manera eficaz y suficiente, cuestión esta que de antemano indico es muy dispar en el territorio español, y concretamente en la CCAA de la que procedo, francamente escasa.

La función rehabilitadora de esta pena queda recogida en la Circular de la FGE 2/2004 de 22 de diciembre, donde se establece "*La desaparición de la pena de arresto de fin de semana ha dejado un hueco en el sistema que en buena medida viene a ocupar esta pena. La potenciación y mayor operatividad de los trabajos en beneficio de la comunidad es una apuesta a favor de los fines de reeducación y reinserción social. La reforma profundiza en la esencia rehabilitadora de esta pena, al prever que la actividad que realice el penado esté en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por él, en labores de reparación de los daños causados o en labores de apoyo o asistencia a las víctimas. Se trata, como ya determinó el legislador en materia de menores, de relacionar la naturaleza de la actividad en que consistan los trabajos en beneficio de la comunidad con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos*".

La reforma operada por la LO 15/2003, además de lograr una definición más extensa de la pena, recogiendo su contenido y regulación, introduce otra importante novedad: y es que mientras anteriormente el control de la ejecución era del Juez o Tribunal sentenciador, ahora ha pasado a ser del Juez de Vigilancia Penitenciaria, pero prescindiendo de la remisión que en cuanto a su regulación se hacía la anterior redacción del art. 49 CP a la Ley Penitenciaria.

Igualmente la reforma ha dispuesto una distinta graduación entre pena leve y menos grave, antes apoyada en el número de horas a desarrollar, y ahora en los días de duración. El art. 33

establece que "*será menos grave si es de 31 a 180 días, y será leve si es de 1 a 30 días*".

En cuanto a su duración, el art. 40.4 CP establece que "*La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año*", pero no aparece en el catálogo del art. 33 como pena grave, parece por tanto que no se halla prevista en la dosimetría penal la pena de 181 días a 365 días. Parece operar como un límite a los supuestos en que por efecto de la sustitución de penas conforme a las previsiones del art. 88 CP pudiera imponerse matemáticamente pena de duración superior. Para estos casos parece estar concebida esa previsión de una extensión superior de la pena de TBC diseñada en el art. 33CP.

Analizamos estas características definitorias de los TBC:

I. CONSENTIMIENTO DEL PENADO

Dados los problemas que se habían empezado a detectar, la Circular FGE 2/2004 indica a los Sres. Fiscales que "*se haga constar simultáneamente en acta el consentimiento del penado...*". Por tanto debe ser expreso, aunque claro está que para los casos de Diligencias Urgentes en que haya recaído conformidad con la acusación, parece claro que en dicha conformidad se halla implícito claramente el consentimiento con la pena de TBC.

Pero en relación con la exigencia de consentimiento expreso, la jurisprudencia de las Audiencias no está siendo muy estricta en algunas ocasiones, permitiendo interpretar que si se ha solicitado por el letrado en vía de recurso de apelación contra una sentencia, puede imponerse pese a no constar esa aceptación personal de la pena de TBC (2). No lo han entendido así otras

(2) Es el caso de las Sentencias de fecha 12 de noviembre de 2005 Sección 5.ª de la AP de Barcelona (referencia El Derecho EDJ 2005/257684), y de fecha 29 de septiembre de 2005, de la Sección 1.ª de la AP de Guipúzcoa, (referencia El Derecho EDJ 2005/209145).

sentencias como la de 29 de noviembre de 2005 de la Sección 4.^a de la AP de Sevilla (referencia El Derecho EDJ 2005/261982): "Debe señalarse aquí que no procede imponer al acusado la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, por cuanto el art. 49 del CP señala que tal pena no podrá imponerse sin consentimiento del penado, y en el caso de autos no consta tal consentimiento, pues el mismo ni siquiera compareció a juicio, y no se ha pronunciado acerca de tal eventualidad". Y en igual sentido la Sección 8.^a de la AP de Barcelona en sentencia de 4 de noviembre de 2005 (referencia El Derecho EDJ 2005/252528), desestima el recurso de apelación interpuesto por el penado en el que solicitaba la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad: "la imposición de la pena que se reclama, de trabajos en beneficio de la comunidad, chocaría con el obstáculo insalvable de no haber sido consentida por el acusado personalmente".

Insistiendo en el consentimiento expreso del penado, la Circular 2/2004 reiteradamente aludida establece: "En otro caso, cuando los Sres. Fiscales consideren procedente solicitar pena principal de trabajos en beneficio de la comunidad, antes de elevar las conclusiones a definitivas o antes de interesar sentencia condenatoria en el juicio de faltas, habrán de solicitar del Juez o Presidente del Tribunal que interroga al acusado o denunciado sobre si en caso de una eventual sentencia condenatoria presta el consentimiento para la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad, permitiendo al mismo consultar con su abogado defensor. De no obtenerse tal consentimiento previo, los Sres. Fiscales habrán de optar por solicitar la imposición de la pena alternativa a los trabajos en beneficio de la comunidad prevista en el correspondiente tipo penal por el que se ejerce la pretensión punitiva".

El problema subsiguiente a qué sucede cuando no consta el consentimiento expreso, es que puede quedar una condena sin contenido. El Protocolo para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad elaborado por la Audiencia

Provincial de Alicante y la Diputación Provincial de Alicante, recoge este problema y establece "Una solución que compatibilice la exigencia del art. 49 con la posibilidad de imponer una pena legalmente prevista puede consistir en fijar la pena de trabajos condicionada a su posterior aceptación por el reo y subsidiariamente, para el caso de que se rechace, fijar la pena de prisión o multa prevista como alternativa para el delito de que se trate (sistema en cierta medida similar al de la pena de multa que, aunque no depende de la voluntad del reo, lleva aparejada una responsabilidad subsidiaria)... Otra opción posible sería consultar al reo antes de dictar sentencia (por ejemplo en el trámite de última palabra). Esta solución presenta varios problemas puede entenderse antes de tiempo por parte del Juez su voluntad de dictar sentencia condenatoria; no deja tiempo al reo para meditar su decisión; y se abre la vía del fraude consistente en eludir la prisión y los trabajos a cambio de una pena de multa (si el reo acepta los trabajos como única pena y llegado el momento de la ejecución se niega a cumplirlos, no quedaría otra solución que deducir testimonio por quebrantamiento de condena que lleva aparejada pena de multa).

Por eso parece más adecuado que en todas las sentencias, incluso en las de conformidad, se imponga siempre, además de la pena de trabajos cuando ésta se estime como más adecuada, también y con carácter subsidiario la de prisión o multa.

La falta de consentimiento (a la cual debe equipararse el consentimiento meramente formal, que no se traduzca en efectivo inicio de la ejecución de los trabajos) conduciría directamente a la ejecución de la pena alternativa fijada en la sentencia, de manera que la insatisfactoria solución de la deducción de testimonio por quebrantamiento de condena quedaría reservada a los supuestos de incumplimiento producido tras el inicio de la ejecución de los trabajos (art. 49.6 a, inciso final).

Petición de Fiscalía: De todas maneras se convierte en necesario que la Fiscalía solicite en su escrito de acusación elevado a definitivas en el juicio, o bien en la guardia en casos de

conformidad, tanto la prisión como la multa como subsidiaria a la pena de TBC, ya que si la Fiscalía o la acusación particular no interesan nada más que el TBC y el penado no acepta el trabajo no podría imponerse luego la pena de prisión o multa en los casos en que procediera en principio, ya que no fue condenado a esa pena, de ahí la importancia de que en la acusación se formule la petición de ambas penas...".

Sin embargo lo cierto es que esta alternatividad se recoge en los casos de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, aunque también hay que poner de manifiesto que este supuesto viene específicamente previsto legalmente, lo que no ocurre en este supuesto legal.

La teoría sugerida en el Protocolo parece no haber tenido aceptación por la Fiscalía de dicha provincia, ni en todas las Secciones de tal Audiencia, así la Sección 1.ª, aprovechando el recurso de apelación interpuesto por la condenada en primera instancia a una pena siete meses y medio de prisión o 56 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, establece de oficio en sentencia de 26 de mayo de 2005 (referencia Aranzadi JUR 2005/200155): "El art. 153 C. Penal impone a la conducta que tipifica una pena principal alternativa (prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días) lo que implica que se debe elegir entre una u otra en uso de la facultad de elección que la alternatividad ofrece; de forma que en la sentencia o se impone la una o la otra, pero no ambas indistintamente, porque con este anómalo sistema se distorsiona la norma y se causa inseguridad jurídica en las partes...".

En similar pronunciamiento la Sección 1.ª de la AP de Alicante en Sentencia de fecha 6 de junio de 2005 (referencia El Derecho 2005/123381), donde se estimaba el recurso del Ministerio Fiscal, con base a los siguientes fundamentos: "La subsanación de esa aparente contradicción ha de partir de una premisa indiscutible: cuando el Código Penal sanciona con penas alternativas principales un delito o falta, necesariamente hay que decantarse por una u otra en la sentencia,

porque el propio sentido gramatical del término "alternativo" así lo exige y porque, de otro modo, se produciría una inseguridad jurídica al subordinar una pena principal a la otra, en función de que la primeramente impuesta pudiera o no cumplirse... Partiendo de esa premisa la solución más aceptable al problema debatido ha de ser el acomodar la obtención del consentimiento del reo a la fase de juicio oral, como propone el Ministerio Fiscal, advirtiéndole y condicionándolo, eso sí, a que se dicte sentencia condenatoria en la que se le imponga como pena principal única los trabajos en beneficio de la comunidad. Ese es el sistema que esta Sala ha considerado más conveniente... No se retuerce el texto legal, porque el sentido gramatical del art. 49 C. Penal, parece inclinarse por esa solución: la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no podrá imponerse sin consentimiento del penado, lo que permite interpretar que antes de su imposición, no de su cumplimiento, será necesario obtener ese consentimiento y como la pena se impone en la sentencia, necesariamente habrá que obtener ese permiso del reo antes de dictarla. Esa interpretación no encuentra más inconveniente que la expresión "penado" que utiliza el texto legal para referirse a quien ha de prestar el consentimiento, que efectivamente sólo es predicable de quien ya ha sido condenado, pero ese obstáculo meramente semántico, que puede responder a la vinculación que hace el legislador entre los términos "pena" y "penado", no puede prevalecer sobre la racionalidad de contar con todos los presupuestos necesarios para dictar sentencia, entre los que figura ineludiblemente los que afectan a la determinación de la pena; por lo que ese inconveniente de matiz gramatical, se solventa con la obtención del consentimiento del reo en el momento del juicio, después de las conclusiones definitivas, para que tenga conocimiento de la pena interesada, sobre la imposición de esa pena concreta, con la advertencia que solo adquirirá eficacia autorizante en el supuesto de que se dicte sentencia condenatoria. Desde luego, lo que no es admisible,

como expone el Juez de instancia, es que la imposición de la pena dependa de veleidades de opinión del reo, pues si presta su conformidad a esa clase de pena, su cumplimiento no puede quedar condicionado a que en el futuro cambie de opinión y diga que ya no se conforma con ella, porque el respeto a esa variación de aptitud, que parece desprenderse de las reflexiones de la sentencia de instancia, a fuerza de constituir un flagrante fraude de ley, supondría aceptar como regla general que el acusado, actuara contra sus propios actos y, por ende, trasladando esta situación a otros supuestos de conformidad del reo..., Para finalizar, la futura negativa del ya penado a someterse al cumplimiento de esos trabajos, supondría el quebrantamiento de la condena, dado que al no deferirse expresamente la obtención del consentimiento para la imposición de la pena, sino para su cumplimiento, la reticencia, resistencia o negativa plena al mismo llevaría aparejada la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena (art. 486 Código Penal). También este criterio encuentra apoyo en la regulación del art. 49 Código Penal y, actualmente, en el Real decreto 515/2005, de 6 de mayo, sobre la ejecución de esta pena. En ambos se distinguen perfectamente una primera fase de imposición de la pena, que precisa conformidad del reo; y una segunda, de cumplimiento, en el que también se precisa la conformidad del penado respecto al tipo o clase de trabajo ofrecido y, las incidencias surgidas en la ejecución, podrá determinar la comisión de ese delito".

En todo caso, en la práctica, el criterio seguido en el Protocolo de Alicante ha sido asumido en otras provincias, así la Sección 2.^a de la AP de Navarra, en Sentencia de fecha 17 de octubre de 2005 (referencia El Derecho EDJ 2005/201156), confirma una sentencia en la que se recoge que se condena a la pena de siete meses y 15 días de prisión... concediéndose a la penada la posibilidad de optar por cumplir sesenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, si en ejecución de sentencia comparece en el Juzgado y manifiesta su conformidad con dicha pena.

Finalmente hay que reflejar que cuando por el Juzgador, sin que conste en ningún momento el consentimiento del penado, se impone únicamente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, puesto que tal práctica se viene realizando por algunos órganos judiciales como antes hemos reseñado, de forma directa en la apelación, tras recurso del penado. En este caso el cumplimiento de la pena está condicionado al consentimiento del penado y si éste no lo presta, la pena no puede ser objeto de ejecución, no hay otra pena prevista y no existe quebrantamiento de condena. Sin embargo en un recurso del Fiscal en un caso como este en que un Juzgado de lo Penal de Madrid había impuesto esta pena sin recabar el consentimiento del penado, la AP de Madrid en Sentencia de 2 de enero de 2006 (referencia El Derecho EDJ 2006/4775), alegando que "En cuanto al recurso de apelación planteado por el Ministerio Fiscal, si bien es cierto que el art. 49 del CP dispone que los trabajos en beneficio de la comunidad, no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, es igualmente cierto que el citado artículo para nada expresa que dicho consentimiento deba ser previo, pudiendo solicitarse dicho consentimiento en el trámite de ejecución, tal y como señala la Audiencia Provincial de Barcelona que en Sentencia de fecha 19 de enero de 2005, confirma la condena impuesta aunque decide sustituir, la propia Sala, la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad, estableciendo que el consentimiento puede prestarse en ejecución de Sentencia, criterio que esta Sala asume. En consecuencia, pudiendo prestarse el consentimiento en el trámite de ejecución de Sentencia, no existe indebida aplicación del art. 49 del CP y en consecuencia, siendo este el único motivo del recurso de apelación planteado por el Ministerio Fiscal, este ha de ser desestimado".

Pero el problema subsiste, puesto que si el penado no presta su consentimiento en la fase de ejecución de sentencia, el delito queda sin sanción y no existe delito de quebrantamiento de condena porque no existe consentimiento.

Debe pues existir un doble consentimiento (*el consentimiento debe ser personal y directo*) del condenado: ante el órgano judicial que es genérico (3) y referido a la pena y ante los servicios sociales penitenciarios respecto el trabajo en concreto. Pero además este consentimiento ha de perdurar durante toda la ejecución de la pena, pues la revocación del consentimiento por parte del condenado haría inviable la ejecución de la pena de TBC la cual no se puede hacer cumplir de forma coactiva, pues hay que tener presente que el art. 25.2 de la Constitución española (CE) señala que las penas no podrán consistir en trabajos forzados; y por su parte el art. 15 CE prohíbe la imposición de "penas o tratos inhumanos o degradantes". La aplicación de la pena de TBC sin el consentimiento del condenado, también vulneraría la normativa internacional.

II. LA GRATUIDAD DE LA PRESTACIÓN LABORAL

El art. 49 del CP establece que en los TBC, el penado "presta su colaboración no retribuida", aspecto también recogido por el art. 2 del RD 515/05. Debe resaltarse que la labor a desarrollar durante la ejecución de esta pena debe estar dirigida y centrada en actividades que, normalmente, no estén dentro de la oferta laboral y se evite la competencia o sustitución laboral, como ocurre con las actividades de voluntariado.

(3) Aun así puede considerarse que en este consentimiento general prestado ante el Juzgador, cabe solicitar al Juez que pregunte al acusado (que puede consultar con su abogado) si en caso de una eventual sentencia condenatoria da el consentimiento para cumplir la pena de TBC. Estimo que incluso se podría concretar más la pregunta y hacerla con relación a un TBC en concreto, pues tanto los órganos judiciales como el Ministerio Fiscal puede tener una información general o particular sobre los TBC disponibles, información que tiene obligación de suministrar los servicios sociales penitenciarios (vid. art. 9 RD 515/2005).

Todo ello es compatible con lo que establece el art. 6.3. del RD 515/05 cuando habla de "...el penado será indemnizado por la entidad en beneficio de la cual sea prestado el trabajo por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste la propia entidad, respetando en todo caso, los términos del convenio con la Administración penitenciaria".

El RD 782/2001 (BOE de 07-07-2001) regula la Relación Laboral de Carácter Especial de los Penados [...] y la Protección de Seguridad Social de los Sometidos a Penas de TBC; señalando los arts. 22 y 23 que los condenados a esta pena mientras están cumpliendo la misma estarán incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, siendo las personas jurídicas en cuyo ámbito de organización y dirección realicen el TBC las obligadas a cotizar por el tope mínimo por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

III. ACTIVIDADES DE UTILIDAD PÚBLICA

La cooperación no retribuida (trabajo) sólo puede ser prestada, conforme el art. 49 del CP "en determinadas actividades de utilidad pública", recogiendo idéntico contenido en el art. 2 del RD 515/05, y que en ningún caso "podrá supeditarse al logro de intereses económicos", aspecto recogido por el art. 49.5 del CP.

Como ya reseñamos al inicio, en la reforma operada por la LO 15/2003, el art. 49 establece un posible contenido de los trabajos en beneficio de la comunidad al decir que, "podrá consistir; en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas", literalidad recogida también en el art. 2.a) del de RD 515/05. Es por ello que unido a que, este tipo de actividades no deben conllevar intenciones económicas y lucrativas y no pueden poner en peligro o tener una inci-

dencia negativa en el mercado laboral, se justifica sobradamente que la determinación del puesto de trabajo se deje a la Administración (art. 49.3 del CP y art. 4 del RD), sin perjuicio de que ésta pueda establecer "convenios" con otras Administraciones públicas o entidades públicas o privadas.

Cabe la posibilidad de que el propio penado oferte una actividad, que naturalmente deberá pasar el oportuno análisis de viabilidad y efectividad por parte de la Administración. El hecho de que la Administración Penitenciaria en la actualidad no satisfaga las cotizaciones a la Seguridad Social en otros posibles trabajos, imposibilita en la práctica la viabilidad de las propuestas procedentes del penado: art. 4.2 RD 515/2005, en relación con la necesidad de cotización prevista en el art. 11 del RD citado.

El actual RD regulador de la pena de TBC vuelve a recoger esta posibilidad de proposición de un trabajo concreto por el penado ya contemplada en el RD 690/1996. Un amplio sector doctrinal critica este precepto reglamentario al señalar que va más allá de lo preceptuado en el art. 49 CP y además al permitir un trabajo a la carta ofrecido por el penado la pena perdería su finalidad preventiva general. El propio Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en el informe emitido sobre el RD 515/2005, señala que aunque no se vulnera directamente el mandato del art. 49.3 CP sí lo hace en la práctica. A la anterior posición se le puede objetar que ante la carencia de plazas ofertadas en algunas localidades, es de lógica aceptar esta posibilidad. Además hay que señalar que no valdrá cualquier TBC concreto que proponga el condenado. El TBC concreto propuesto por el penado ha de estar relacionado con actividades de utilidad pública (debe hacerse una interpretación flexible del concepto utilidad pública para no convertirlo en un requisito imposible de cumplir), y como todo TBC su actividad se ha de incardinar dentro de una organización, pues no son válidos los TBC realizados de forma individual; existiendo además un control judicial que realiza el JVP que será el que en definitiva acor-

dará previo informe de los servicios sociales penitenciarios (vid. art. 4.2 RD 515/2005) si dicho TBC cumple los requisitos que fija el art. 49 CP y los fijados en el RD 515/2005.

En la mayor parte de los casos se ha optado por Convenios generales por parte de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias con las Federaciones de Municipios de la provincia para promover los trabajos en beneficio de la comunidad como medida penal alternativa a la prisión por delitos menores. Sin embargo es una realidad que todavía no ha tenido la extensión adecuada (4). Si hablamos de la CCAA donde trabaja la que suscribe estas líneas: veremos que en ANDALUCÍA se ofertan un total de 1.108 plazas, repartidas en 128 poblaciones. Mayoritariamente son plazas de limpieza y jardinería y muy pocas en protección civil y servicios sociales (63: un 5,6%), por lo que entiendo que limita mucho la adecuación a la función reeducadora que es la base del TBC en la mayor parte de los tipos delictivos y desde luego nos deja sin poder acercarnos a la finalidad de que los TBC recaigan sobre actividades que tengan relación con la naturaleza del delito cometido como una forma de concienciación del daño social cometido.

(4) La CDGIP 15/2005, señala que las plazas a ofertar serán las recogidas en convenios con la Federación Española de Municipios (existe un convenio de 19 de mayo de 1997, la cláusula 2.ª del anexo 1.º indica que los Ayuntamientos que se adhieran al convenio únicamente se comprometen a facilitar el TBC a los penados que residan en su propio término municipal, hay que destacar que con relación a los Ayuntamientos que se adhieran el convenio tiene una vigencia anual, renovándose tácitamente si no existe denuncia escrita presentada por las partes), convenios bilaterales con Ayuntamientos, convenios con instituciones públicas y privadas y convenios con Comunidades Autónomas. Esta circular además prevé con acierto que en el supuesto de que no exista convenio en una localidad determinada a fin de que se puedan cumplir una pena de TBC cada centro penitenciario, centro de inserción social (CIS) y servicio social penitenciario deben tener un catálogo de puestos de trabajo. La vigente CDGIP 15/2005, no concreta esos puestos de trabajo, pero la derogada CDGIP 1/2004, señalaba que cada centro penitenciario en los recintos exteriores debía tener unos puestos de trabajo con contenidos similares a: pintado de vallas, cuidado de jardines y de

IV. DERECHOS DEL CONDENADO

El art. 49.2 CP exige que el TBC "no atentará a la dignidad del penado". Entiendo que ello habrá de referirse a que la tarea que consista el TBC en general no atente a la dignidad de la persona, de ahí la garantía de la determinación por parte de la Administración. No creo que pueda sostenerse que siendo digna una tarea, no lo sea para una persona en concreto atendiendo a su estatus... En todo caso dado el control del JVP, esta posible cuestión deberá plantearla el penado ante el JVP, una vez informado del contenido concreto de los TBC a desarrollar

El art. 49.4 CP se encarga de matizar que, a pesar de la gratuidad de estos trabajos, "gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social". Por su parte el art. 11 RD 515/05 establece: "1. La protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajos en beneficio de la comunidad se efectuará de acuerdo con lo establecido en la normativa que resulte de aplicación. 2. También estarán protegidos por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales". Así se puede observar que en materia de Seguridad Social, mientras el CP se remite a la legislación penitenciaria, el RD establece que se

gránjas; por su parte los servicios sociales penitenciarios externos debían ofertar plazas en tareas de ordenanza o mantenimiento.

Sin embargo en la provincia de quien suscribe estas líneas: Sevilla Capital, no se ha firmado este Convenio de 1997, por lo que sólo se dispone de 20 plazas en el antiguo Centro Penitenciario de Sevilla (10 plazas de mantenimiento y 10 de jardinería); en los SS Penitenciarios externos otras 8 plazas (6 de limpieza y mantenimiento y 2 de apoyo al propio SSP) y en el Banco de Alimentos 6 plazas en el almacén (acuerdo informal no protocolizado, con los subsiguientes problemas caso de que exista algún tipo de accidente...). En general en ANDALUCIA se ofertan un total de 1.108 plazas, repartidas en 128 poblaciones. En su mayor parte son plazas de limpieza y jardinería y muy pocas en protección civil y servicios sociales (63: un 5,6%), por lo que limita mucho la adecuación a la función reeducadora que es la base del TBC en la mayor parte de los tipos delictivos.

efectuará de acuerdo con lo establecido en la normativa que resulte de aplicación, por lo que habrá que determinar qué se entiende por normativa aplicable, parece más bien que no se está refiriendo a la legislación penitenciaria sino a la normativa aplicable a aquellas personas que realizan un trabajo idéntico o similar al penado pero sujeto a una retribución. No tendría otro sentido la referencia a legislación que sea aplicable en cada caso.

V. SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA PENAL DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

I. El CP prevé esta pena para diversos delitos como pena principal, conviene hacer un repaso de estos supuestos:

MALTRATO FAMILIAR: art. 153 CP. Para estas conductas el CP impone alternativamente las penas de prisión de tres meses a un año o TBC de 31 a 180 días, además de otras obligatorias.

En el supuesto de que la entidad de los hechos haga conveniente castigarlos con trabajos en beneficio de la comunidad, parece que lo más acertado es que la pena consista en una combinación de actividades de utilidad pública o interés social, debiendo tender a que las mismas tengan la mayor relación posible con el delito cometido. Aunque esta especial relación con el delito cometido (es decir TBC que redunden en beneficio del colectivo de las víctimas de violencia cuya) pienso que es imposible de obtener en estos casos, la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS propugna su creación pero creo que chocaría con la frontal oposición de las propias víctimas y de los Institutos de la Mujer. Por ello considero convenientes todas aquellas actividades que permitan desarrollar empatía con otras personas en especiales circunstancias, por entender que en el sustrato de la violencia machista se halla un absoluto egotismo.

Debe reflexionarse que dada la problemática de subyace en muchos de los supuestos de maltrato (incluso el maltrato pun-

tual, ya que cuantas veces sólo llevamos a juicio la última agresión dada la falta de pruebas de la historia antecedente) de alcoholismo por ejemplo, esta claro que ni la pena corta privativa de libertad ni TBC en la escasa duración, pueden desarrollar alguna incidencia en la personalidad o los hábitos del agresor. Parece más adecuada la pena privativa de libertad que sea suspendida, dado que entonces podremos aplicar un programa educativo en la igualdad sin el encorsetamiento temporal del TBC y con contenido educativo que entiendo no cabe adosar al TBC.

1. Robo o hurto de uso de vehículos a motor

El art. 244 del CP permite en los delitos de robo y uso de vehículos a motor la posibilidad de castigarlos con multa de 6 a 12 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días.

En este supuesto es difícil imponer actividades que tengan relación con el delito cometido, por lo que lo adecuado es incluir aquí actividades que no tienen relación con otros delitos, tales como trabajos de colaboración con Ayuntamientos en la limpieza o mantenimiento de espacios públicos.

2. Conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas

El art. 379 del CP establece que este delito se castigará con prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses y, en su caso trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior de 1 a 4 años.

El precepto contiene una previsión de la aplicación de la pena de TBC "en su caso". Parece una pena optativa que podría hipotéticamente acompañar tanto a la pena de prisión como a la de multa. Pero el primer supuesto se plantea especialmente de difícil aplicación si la pena de prisión no es suspendida condicio-

nalmente, puesto que la pena de TBC debería cumplirse una vez ejecutada la pena privativa de libertad. No puede olvidarse que el condenado ha de prestar su consentimiento a esta pena, por lo que habrá de tratarse de una sentencia de conformidad, con lo que considero difícil que se acepte esta pena extra a la de prisión. Si es aceptable que acompañe a la pena de multa bajo conformidad.

En contra de la aplicación acumulativa parece pronunciarse la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 2 de septiembre de 2005 (referencia El Derecho EDJ 2005/252340) (5).

Con relación al tipo de actividades a imponer en este delito considero conveniente que tal pena consista en una combinación de actividades de utilidad pública que tengan la mayor relación posible con el delito cometido y por ello son muy acordes colaboraciones con Cruz Roja o Policía Local entre otras. Sin embargo deben reseñarse las observaciones que se efectúan por la Fiscal de VP de Barcelona Soraya Zeraibi en el trabajo recientemente presentado en la Reunion de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria este año, sobre la experiencia en Barcelona, en que no ha sido posible llevar a cabo programas de TBC en centros de rehabilitación a parapléjicos y tetrapléjicos, por existir un total rechazo por parte de las víctimas a ser asistidas por personas condenadas por tales delitos.

(5) "Sin embargo, no se comparte la acumulación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. La redacción del precepto (art. 379 CP) es sumamente confusa y, a nuestro juicio, difícilmente puede interpretarse que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es acumulativa a la privativa de libertad o multa. Las razones son varias, y la más evidente es que esa pena, tal como la define el art. 49 del CP no podrá imponerse sin el consentimiento de penado. Parece obvio que la misma sólo puede plantearse como pena alternativa o sustitutiva, interpretación que se avala desde la perspectiva sistemática e incluso de antecedentes legislativos, pues así la concibió el proyecto de Ley y sólo finalmente, al introducir también la pena de privación de libertad, dio lugar a una confusa redacción. Aparte de las consideraciones anteriores lo que sí es evidente en un juicio de proporcionalidad de la pena, es que la naturaleza y circuns-

3. Quebrantamiento de medidas cautelares

El art. 468 del CP en el supuesto de quebrantamiento de las prohibiciones a que se refiere el art. 57.2 (auto de alejamiento) se podrá imponer la pena de prisión de 3 meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días.

4. En el Libro III de las faltas

El art. 626 establece que "Los que deslucieren bienes inmuebles o de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de 2 a 6 días o 3 a 9 días de TBC".

Por su parte el art. 632 establece: "1) El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días. 2) Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el art. 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días".

En ambos casos, dada la naturaleza de la falta cometida, es oportuno que los trabajos en beneficio de la comunidad consistan en colaboración con Ayuntamientos u otro tipo de entidades en la limpieza o mantenimiento de espacios públicos o de interés general.

tancias del caso no exigen un mayor reproche punitivo que el ya seleccionado; no se olvide que se ha determinado la pena privativa de libertad, pudiendo hacerlo por multa. Es por todo ello que se estima parcialmente el recurso y se elimina de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad".

II. Supuestos en que la pena de TBC se impone como sustitutiva de prisión.

El actual CP en su art 88.1 tras la reforma operada por la LO 15/2003 (6) permite sustituir la pena de prisión por trabajos en beneficio de la comunidad de la siguiente manera:

"1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de la partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio de su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de 2 años a los reos no habituales, cuando la circunstancia del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito tipificado en el art. 173.2 de este Código, la pena de prisión

(6) Con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 15/2003, el art. 88.1 los trabajos en beneficio de la comunidad únicamente eran sustitutivos de la pena de arresto de fin de semana.

sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el juez o tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del art. 83 del Código (7).

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras".

Las novedades de la reforma es que ahora se exige que se realice previa audiencia de las partes y que no se trate de reos habituales (antes solo se exigía la conformidad del penado). Se establece además qué criterios ha de tener en cuenta el juzgado para otorgar esta sustitución, concretamente cuando la circunstancia del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de las otras penas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. Asimismo ahora se regula el momento procesal en el que puede acordarse tal sustitución: en sentencia o, en su caso, en un auto antes de dar inicio a la ejecución.

Una previsión importante es reseñada específicamente por la Circular de la FGE 2/2004 de 22 de diciembre, con relación a la previsión de que el juez o tribunal pueda imponer las reglas de conducta del art. 83 del CP en el caso de que acuerde la sustitu-

(7) Este supuesto apoya a quienes consideran que TBC puede tener un contenido de programas educativos, ya que dice que además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, puede imponer además los deberes del art. 83 CP, pero esto no es sino consecuencia de la obligatoriedad de participar en estos programas al ser condenado en estos delitos, bien en cumplimiento de pena privativa de libertad, bien cuando se suspende la pena vía art. 87 CP, por lo que estos programas educativos no son contenido de la TBC.

ción, en el supuesto de que el reo haya sido condenado por el delito del art. 173.2 del CP (en estos casos la sustitución de la pena privativa de libertad sólo podrá ser por TBC): "La operatividad sustitutiva de los trabajos en beneficio de la comunidad se incrementa aún más para los delitos de violencia doméstica del art. 173.2. CP, que solo admite la sustitución de la pena de prisión por esta pena privativa de derechos, acompañada además imperativamente de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima. La finalidad que persigue la reforma y que habrá de ser tenida en cuenta por los Sres. Fiscales es –aparte de la de evitar las penas de prisión impuestas por estos delitos sean sustituidas por pena de multa con el consiguiente gravamen para la economía familiar con posibles efectos negativos para la propia víctima– imponer al reo programas de rehabilitación específicamente orientados a la lucha contra el maltrato familiar y la protección a la víctima".

Finalmente recordar que el art. 71.2 del CP impone la sustitución cuando la pena privativa de libertad sea inferior a tres meses.

III. Supuestos en que la TBC es impuesta como pena sustitutiva por impago de multa.

El art. 53 del CP establece:

"1. Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada 2 cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el art. 37 de este Código.

También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

2. En los supuestos de multa proporcional los jueces y tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que *no podrá exceder en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.*

3. *Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a 5 años.*

4. *El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado".*

Esta sustitución tiene su origen en el impago de una multa impuesta en sentencia, por lo que esta sustitución se realizará por medio de auto dictado en ejecución.

Vemos como se amplía el límite de aplicabilidad de la sustitución de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa de los cuatro años que antes se preveían a los cinco años que ahora juegan. Y siempre y de nuevo se recuerda la conformidad del penado.

El sistema de conversión en el caso de días multa supone que cada día de privación de libertad, surge de dos cuotas no satisfechas y de corresponde con una jornada de trabajo. Para el supuesto de multa proporcional se acude al prudente arbitrio del órgano juzgador, con la única salvedad del límite temporal de un año de duración que se prevé para la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa proporcional.

VI. RÉGIMEN Y DESARROLLO DE LA PENA

1. Duración

El art. 40.4 CP indica que los trabajos en beneficio de la comunidad "*tendrá una duración de un día a un año*", por lo que fija los ámbitos mínimos y máximos de esta pena.

Siguiendo el art. 33 del CP (tras la reforma operada por la LO 15/2003 (8)), serán pena menos grave los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días y pena leve los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días. Carecen de clasificación penológica los trabajos en beneficio de la comunidad que se hallen dentro del marco temporal entre 181 días a 365 días, pues no se halla previsto entre el elenco de penas graves del art. 33 CP; como ya hemos indicado sólo serán de aplicación en los supuestos de penas sustitutivas de multa, la consecuencia de dicha falta de previsión es que el plazo para su prescripción deberá entenderse el de las penas menos graves del art. 133CP: de cinco años.

Siguiendo con la temporalidad de la pena el art. 49 CP exige que "*su duración diaria no podrá exceder de 8 horas*". Detalle que encuentra desarrollo normativo en el art. 6.1 del RD 515/05 que establece "*Cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas. Para determinar la duración de la jornada y el plazo en el que deberán cumplirse, se tendrán en cuenta las cargas personales o familiares del penado, así como, en su caso, sus circunstancias laborales*". Como se puede ver no se recoge una duración mínima, a diferencia de lo que ocurría en el RD 690/96, que establecía que "*cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de 8 horas diarias y mínima de 4*", lo que hace que una pena de TBC de idéntica duración, podrá tener una duración de más o menos horas según los supuestos. Puede plantearse si es equitativo que a dos personas a quienes se les ponga idéntica pena de trabajos en beneficio de la comunidad, trabajen diferente número de horas. Yo entiendo que si al igual que el régimen de la pena de multa, cuya cuota es proporcional a la capacidad económica del penado, la duración horaria de los días impuestos al penado serán proporcionales a sus cargas familiares y personales.

(8) Antes de la reforma, a fin de determinar si la pena era menos grave o leve se tenían en cuenta las horas de duración, ahora se tienen en cuenta los días

Desarrollando este extremo de adecuación de la pena a las circunstancias personales del penado, el art. 6.2 del RD 515/2005, establece que *"La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para hacer compatible, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto cuando concurra causa justificada, podrá autorizarse por el Juez o Tribunal el cumplimiento de la misma de forma partida, en el mismo o diferentes días"*. Con esta relatividad y permisividad se pretende, procurar hacer compatible el cumplimiento de la pena con el normal desarrollo de las actividades cotidianas del penado, así en la práctica se puede ver como en la mayoría de los planes de ejecución los días en los que se ejecuta esta pena son los sábados y domingos.

2. Imposición y ejecución

Debemos deslindar la intervención de varios organismos en el desarrollo de esta pena: La Autoridad Judicial sentenciadora, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y la Administración Penitenciaria a través de sus servicios sociales.

El art. 49.1 establece que *"La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, podrá requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación general en que se presten los servicios"*.

Por su parte el art. 3 del RD 515/05 establece que *"...los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena"*. Así conforme a la nueva regulación ya no es el Juez o Tribunal sentenciador quien controla la ejecución de la pena, sino el Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que supone desnaturalizar la pena y su cumplimiento, pues, la misma no tiene nada que ver con el ámbito

penitenciario (privación de libertad). Resulta criticable la determinación de la competencia en favor de la Administración Penitenciaria para "la efectiva ejecución de la pena". Así, si bien anteriormente el art. 49 CP únicamente hablaba de Administración, tras la reforma es claro que hay que optar por la penitenciaria puesto que el art. 49.6 habla de "servicios sociales penitenciarios", lo mismo que el RD.

A) Fase de determinación de la pena: Órgano sentenciador y sus competencias

Queda no obstante claro que el órgano sentenciador es el competente para señalar la pena y sus condiciones básicas, bien en la propia sentencia o posteriormente en ejecución por medio de auto motivado. Cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se impongan como pena principal, la misma será impuesta en la propia sentencia; en el supuesto de sustituir a la pena de prisión puede hacerse durante la ejecución de la pena (auto motivado) o, incluso, en la misma sentencia (art. 88.1) y para el caso de responsabilidad personal subsidiaria, la exigencia de que el penado "no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta..." (art. 53.1 del CP) obliga a que sea en fase de ejecución de la sentencia cuando se dicte auto motivado acordando la sustitución.

Antes de imponerse esta pena se exige "el consentimiento del penado", remitiéndome en este aspecto a todo lo recogido en lo relativo a requisitos y notas esenciales de la pena.

En el trámite sustitutorio, el art. 88 del CP, exige que se conceda audiencia además al resto de las partes procesales personadas.

En la resolución judicial que imponga la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, bien como pena principal o bien como pena sustitutiva, se tendrá que contener el número concreto de jornadas de trabajo impuestas al penado. En caso de

pena sustitutiva habrá que ir a las equivalencias y módulos conversores de los arts. 88 y 53 del CP: un día de privación de libertad equivale a una jornada de trabajo.

En cuanto a la duración horaria de las mismas, el art. 3 del RD 190/96, establecía que tal circunstancia será fijada por el Juez o Tribunal sentenciador. Sin embargo todo esto resultaba incongruente y poco práctico habida cuenta de que se exige este pronunciamiento sin antes conocer la prestación concreta a realizar, por lo que el momento procesal lógico para concretar este detalle debe ser sólo cuando se conozca claramente el tipo de labor a realizar, de lo contrario la solución pasa porque en este momento la "duración horaria" se considere provisional y abierta, a que, tras la entrevista y la selección del trabajo en fase administrativa, se cierre y puntualice después en fase judicial. Por ello el RD 515/05 no hace ninguna mención a la duración horaria, lo que permite que sean los servicios sociales penitenciarios los que propongan una duración horaria atendiendo a las características del penado, duración que luego será objeto de aprobación y por lo tanto de control, por parte de Juez de Vigilancia Penitenciaria, que es quien aprueba el plan de ejecución de la pena. En el mismo sentido se recoge en el Protocolo de Alicante, que indica que *"No deberá especificarse el número de horas diarias, ya que esa concreción formará parte de la propuesta que los Servicios Sociales penitenciarios formulan, con base al informe social que los propios Servicios elaboran"*.

Normalmente se viene estableciendo con carácter general jornadas de 4 horas, si bien con carácter excepcional se están imponiendo jornadas de 6 horas (supuestos de penados que no vienen realizando ninguna actividad laboral, de tal modo que con la pena también se pretende que el penado adquiriera hábitos laborales), así como también jornadas de 3 horas (para aquellas personas cuyas cargas laborales, personales y familiares son tan importantes que es imposible ejecutar una jornada de duración superior)... La duración máxima está fijada en ocho horas: art. 49 CP.

Firme esta resolución, resulta necesario comunicárselo documentalmente a la Administración Penitenciaria para que proceda "a la efectiva ejecución de la pena", así el art. 3 del RD 515/05 recoge *"Recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como de los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena"*.

Parece obvio que debe ser el órgano que tramita la ejecutoria y no el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien debe remitir tales testimonios. Pero no lo fue así en el iter legislativo: mientras el art. 4.1 del Proyecto del RD vigente establecía *"Los servicios sociales penitenciarios procederán a la efectiva ejecución de la pena, tan pronto como reciba del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el testimonio de la resolución y de los particulares necesarios"*, dejando claro que debía ser el Juez de Vigilancia Penitenciaria el encargado de remitir tales testimonios. Y no lo deja clara la legislación vigente: el art. 3 del RD 515/05 establece *"Recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena"*, no concretando quién remite tales testimonios.

Sin embargo una interpretación sistemática del RD 515/05 permite concluir que la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria no comienza hasta que existe un concreto plan de ejecución elaborado, siendo hasta ese momento competente el Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria. Por lo tanto lo oportuno es que el órgano ejecutor remita a la Administración Penitenciaria un oficio comunicando la imposición de la pena, testimonio de la sentencia o en su caso del auto que impone tal

Competencia del Jefe de la Penitenciaría

pena, así como del auto de liquidación de condena, siendo también conveniente que se indique el domicilio del penado, puesto que el lugar en el que el penado tenga fijada la residencia es el que fija la competencia de los servicios sociales penitenciarios, así como, en consecuencia, la competencia territorial del Juez de Vigilancia Penitenciaria (9).

Sin embargo antes de la entrada en vigor del RD 515/05 se plantearon cuestiones de competencia entre los Juzgados que tramitan la ejecutoria y el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Resolviéndose por ejemplo por la Sección 2.^a de la AP de Alicante, en Sentencia de 27 de enero de 2005, (referencia Aranzadi JUR 2005/63166), que el competente para remitir tales testimonios es el sentenciador.

Para permitir que en la medida de lo posible, la determinación de la pena sea adecuada a las circunstancias personales y sociofamiliares del penado, el art. 28 del R.D. 515/05, prevé que el Tribunal Sentenciador conozca estas circunstancias incluso anticipadamente, no solo a dictar sentencia, sino antes de celebrarse el juicio oral: "1. Antes del juicio oral, el juez o tribunal podrá solicitar a los servicios sociales penitenciarios, como prueba documental o pericial, un informe social sobre la situación del imputado. 1. Estos mismos informes podrán ser solicitados por el Ministerio Fiscal en el curso de sus diligencias o investigaciones. 2. Asimismo, una vez recaída, la autoridad judicial podrá solicitar los informes a los que se refieren los apartados anteriores, a los efectos de revisión de medidas, con-

(9) Los particulares que entiendo debe contener el oficio que se remite a los servicios sociales penitenciarios son: nombre, apellidos, DNI, residencia habitual y de ser posible n.º de teléfono, trabajo/ocupación habitual, ejecutoria en la que se le ha impuesto la pena, fecha de prescripción de la pena, infracción penal, n.º de jornadas de trabajo a las que ha sido condenado, señalar si se le ha requerido judicialmente al penado para personarse ante los servicios sociales penitenciarios en un determinado plazo al objeto de formalizar la entrevista, indicar en su caso si se ha impuesto al penado alguna de las reglas del art. 83 CP (en el supuesto que la pena de TBC entre en juego como sustitutiva de la pena de prisión).

cesión de suspensión de condena, sustitución de pena o adopción de cualquier otra resolución judicial que se entienda requiere tener conocimiento de la situación social del penado o sometido a medida de seguridad". Lo cierto es que la aplicación práctica de este precepto es escasa y no sólo en relación a la posibilidad de imponerse esta pena.

Con carácter general podemos decir que únicamente se suelen solicitar tales informes con carácter previo a la suspensión de la pena de prisión del condenado por delitos de violencia de género, a fin de determinar la conveniencia de otorgar la suspensión con sometimiento a un programa específico para autores de tales delitos. Este escaso uso de las posibilidades de individualizar la pena descansa en la conciencia de la saturación más que posible de los citados servicios sociales, caso de que se generalice su uso indiscriminado. Pero ciertamente lo que con ello se constata es un claro déficit en la tarea de individualización de las penas.

B) Fase de ejecución: juzgado de vigilancia penitenciaria y administración penitenciaria

A partir de la recepción de la documentación por parte de la Administración comienza la fase propia de ejecución, la cual tras la reforma operada por la L.O. 15/2003 y tal y como recoge el art. 49.1 del CP "...se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria...".

En todo caso, lo cierto es que el art. 3 del R.D. 515/05 lo que sí determina es la competencia territorial, atribuyendo la competencia a los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, de lo cual se deriva también la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, por analogía con lo que se viene aplicando con relación a los centros penitenciarios.

En el caso de traslados en la residencia por parte del penado, parece que debe entenderse que se modifica la competencia del

Juez de Vigilancia Penitenciaria. El art. 29 del RD 515/05 establece "Cuando una persona sometida a alguna de las penas, medidas o suspensión cuya ejecución regula este real decreto traslade su residencia de una provincia a otra, o a las Ciudades de Ceuta y Melilla, los servicios sociales penitenciarios informarán al juzgado o tribunal competente". Por lo que entiendo se producirán las correspondientes inhibiciones.

El momento inicial es la entrevista personal con el penado. Este momento es de enorme importancia pues de su seriedad y rigurosidad dependerá, en mucho, el éxito de la pena, la entrevista deviene crucial para conjuntar, adecuadamente, las dos premisas: penado-trabajo social. El art. 5.1 del RD 515/05 establece "Los servicios sociales penitenciarios, una vez recibidos el testimonio de la resolución y los particulares necesarios, entrevistarán al penado para conocer sus características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar, para determinar la actividad más adecuada. En esta entrevista se le ofertarán al penado las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo y, en los supuestos a los que se refiere el art. 4.2, se escuchará la propuesta que el penado realice" (10).

Pero ¿qué ocurre si el penado no acude, injustificadamente, a la entrevista? Ante tal eventualidad se plantea en primer lugar si ha de ponerse en conocimiento del Juez o Tribunal ejecutor o del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Así, la Circular de la FGE 2/2004 de 22 de diciembre, establece "Habrá de entenderse por

(10) El contenido del impreso normalizado lo regula la CDGIP 15/2005, en él consta la identificación del condenado, domicilio, órgano judicial sentenciador, y recoge como manifestaciones del condenado: a) que ha sido informado de las plazas existente, b) que se compromete a cumplir las instrucciones que reciba de los servicios sociales penitenciarios, así como las disposiciones de la entidad donde preste el trabajo y las indicaciones que se le hagan en orden a cumplir adecuadamente estos, c) determinación del lugar concreto donde se realizarán las jornadas de trabajo, d) tipo de trabajo en concreto, e) número de jornadas y su duración diaria y f) se fijará el calendario de cumplimiento.

los Sres. Fiscales que la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en esta materia debe comenzar cronológicamente solo cuando se inicia efectivamente la ejecución de la pena. Todas las incidencias procesales y penales que surjan con anterioridad a ese momento corresponde resolverlas al juez o tribunal sentenciador". Por lo tanto es claro, conforme a esta Circular, que la competencia del juez o tribunal que tramita la ejecutoria valorar si nos encontramos ya ante un quebrantamiento de condena. Por tanto los servicios sociales penitenciarios deben poner esta circunstancia en conocimiento del JVP el cual se limitará a acordar el archivo del expediente y participar tal resolución al órgano judicial encargado de la ejecutoria al cual se le debe remitir copia tanto de la resolución judicial como de la comunicación que remitieron los servicios sociales penitenciarios; siendo el órgano judicial encargado de la ejecutoria el que deberá acordar después de seguir un procedimiento contradictorio (se debe oír tanto al Ministerio Fiscal como al condenado personalmente) si procede elaborar por los servicios sociales penitenciarios un nuevo plan de cumplimiento o por el contrario entender que la pena ha sido incumplida. En el caso de que al condenado se le hubiese hecho en legal forma un requerimiento judicial para que en un determinado plazo acuda ante los servicios sociales penitenciarios con el fin de realizar la entrevista y a pesar de ello no fuera, podría haber cometido un delito de desobediencia. Ahora bien, el hecho de que el condenado no comparezca ante los servicios sociales penitenciarios, entiendo que no permite el acordar una medida cautelar personal como la orden de detención por el órgano judicial encargado de la ejecutoria, pues este supuesto no se incardina dentro de los motivos en los que procede la detención conforme lo dispuesto en el art. 490 Ley Enjuiciamiento Criminal (LECR), además hay que tener presente que partimos de la voluntariedad del condenado para que se pueda ejecutar esta pena.

A la hora de determinar los puestos de trabajo y las plazas el art. 4.1 del RD 515/05 establece "1. El trabajo en beneficio de

la comunidad será facilitado por la Administración penitenciaria, que a tal fin podrá establecer los oportunos convenios con otras Administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública. En este caso, estas Administraciones o entidades podrán asumir las funciones de gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, sin perjuicio de la supervisión de la Administración penitenciaria.

De manera excepcional en el art. 4.2 del R.D. 515/05 establece "2. El penado podrá proponer un trabajo concreto que será valorado, en informe previo, por la Administración penitenciaria, atendiendo a la extensión y ámbito de los convenios en vigor y al número de plazas disponibles. En este caso, la Administración penitenciaria, tras analizar la propuesta ofrecida por el penado, emitirá un informe al juzgado de vigilancia penitenciaria en el que valorará la propuesta y, en especial, si cumple los requisitos establecidos en el Código Penal y en este Real Decreto, a fin de que adopte la decisión correspondiente". Por lo que en estos casos en que el penado propone un trabajo concreto, el Juzgado que tiene que adoptar la decisión correspondiente es el de Vigilancia Penitenciaria, aunque en la práctica es muy infrecuente que sea el penado el que proponga el trabajo.

Y qué ocurre si tras esta entrevista el penado considera que no accede a los TBC. Téngase en cuenta que el consentimiento que dá previamente el penado se hace sin conocimiento de las circunstancias concretas en que vá a consistir el trabajo en beneficio de la comunidad. A lo largo de esta entrevista el penado ya conoce las ofertas que se le han realizado y ya sabe la propuesta de horario... ¿qué ocurre si dice que con esas circunstancias no se halla conforme y que no acepta ninguna de las plazas que se le ofertan (que por otra parte sabemos que son bastante exiguas)? Creo que se le deben dar posibilidades hasta donde sea razonable, pero llegado el momento si no acepta ninguna (ni propone ninguna) puede considerarse un abuso de derecho y por

tanto entender que existe un incumplimiento. Los servicios sociales penitenciarios deben de poner en conocimiento de Juzgado tal circunstancia, de forma que el Juez sentenciador pueda resolver. Es posible que con un requerimiento judicial advirtiéndole de las consecuencias penales de su negativa extemporánea haga cambiar de opinión al penado.

Este supuesto queda recogido en el art. 5.3 del R.D. 515/2005 "3. La no conformidad con el trabajo concreto propuesto... Será comunicada por los servicios sociales penitenciarios al juez de vigilancia penitenciaria a los efectos oportunos", entiendo que los efectos oportunos son los del incumplimiento.

Es de interés traer aquí lo previsto en el art. 9 del RD 515/05 que vela por la información y publicidad general y particular de la materia, estableciendo "1. La Administración penitenciaria facilitará, con carácter general y periódica, a las autoridades judiciales y fiscales y a los Colegios de Abogados, y, singularmente cuando así se reclamen por éstas para un penado en concreto, información relativa a esta pena, su forma de ejecución y trabajo disponible.

2. Esta información también se transmitirá a todas aquellas personas, previa solicitud de éstas, que se encuentren en situación procesal susceptible de que se les aplique esta pena, así como por los letrados".

La previsión no es extraña puesto que sólo desde una completa información para todos los que directa o indirectamente tienen algo que decir en la aplicación de esta pena puede conseguirse la efectividad de la misma, aunque lo cierto es que en la práctica esta información es escasa, desconociéndose por parte de muchos letrados tanto el contenido como la forma de ejecución de esta pena. El conocimiento generalizado de esta pena y su contenido podría evitar estos problemas que en la práctica se vienen detectando.

Otra posibilidad que por la Administración Penitenciaria se considerare que en atención a sus condiciones personales, sociales o familiares resultara de difícil o imposible ejecución esta



medida, supuesto también recogido en el art. 5.3 del RD 515/05, anteriormente transcrito y que también tendrá que ser puesto en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria a los efectos oportunos. Sin embargo está claro que estos efectos no son los mismos que en el supuesto anterior, puesto que concurre una fuerza mayor o elemento externo al penado, en cuyo caso el Tribunal antes de acudir a otra alternativa penal debe conceder nuevas oportunidades, en la medida que sea posible, al condenado, aunque tal imposibilidad hace difícil plantearse cuales son estas otras oportunidades. Así, en la práctica, uno de los supuestos de imposibilidad, que serían Tos de salud que impidan ejecutar la pena (una vez contemos con un informe médico forense que confirme tal imposibilidad), en este caso no veo ninguna opción.

El art. 5.2 del R.D. 515/05 establece que "2. Una vez que el penado haya prestado su conformidad con el trabajo que se le propone, los referidos servicios sociales penitenciarios elevarán la propuesta de cumplimiento de la pena al Juzgado de vigilancia penitenciaria para su aprobación o rectificación".

Tras la entrada en vigor del RD 515/05 es claro que el competente para aprobar el plan de ejecución es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin embargo antes de la publicación de este RD y con la modificación que del art. 49 del CP hizo la LO 15/2003, también se plantearon cuestiones de competencia entre los Juzgados que tramitaban la ejecutoria y los Jueces de Vigilancia Penitenciaria a fin de determinar quien era el competente para aprobar tal plan de ejecución, habiéndose resuelto dichas cuestiones de competencia a favor del Juez que tramitaba la ejecutoria. Así la Sección 4.ª de la AP Valladolid, en Auto de 17 de febrero de 2005, (referencia Aranzadi, JUR 2005/76716) atribuía la competencia al Juez o Tribunal sentenciador, pronunciándose en el mismo sentido el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, en Auto de 25 de abril de 2005 (referencia Aranzadi, JUR 2005/187319). Sin embargo tras la entrada en vigor del R.D. 515/05 ha quedado claro que el competente es el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En este caso puede ocurrir que el Juez de Vigilancia apruebe el plan de ejecución elaborado, en cuyo caso lo hará, previo informe del Ministerio Fiscal a través de auto, o puede que considere que es necesaria una rectificación, en cuyo caso lo que se suele hacer es pedir a los servicios sociales penitenciarios las aclaraciones y precisiones oportunas.

Una vez que el condenado presta su consentimiento con el TBC concreto, los servicios sociales penitenciarios conforme señala el art. 5.2 RD 515/2005, deben elevar una propuesta de cumplimiento al JVP. Se puede dar el caso de que el penado haya dado el consentimiento ante los servicios sociales penitenciarios para el TBC concreto, con posterioridad se haya aprobado dicho plan por el JVP, notificado el auto al penado; pero *el condenado no iniciara el cumplimiento de la pena*. En este supuesto tal circunstancia ha de ser puesta en conocimiento del JVP por los servicios sociales penitenciarios, el cual acordará el archivo del expediente que se tramita en el JVP y remitirá copia de todo lo actuado al órgano judicial encargado de la ejecutoria a fin de que previo un procedimiento contradictorio resuelva. El art. 5.3 del RD 515/2005 señala que en caso de no conformidad del condenado con el trabajo concreto propuesto o la imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales, sociales o familiares será comunicado por los servicios sociales penitenciarios al JVP a los efectos oportunos (que no son sino la valoración de estos motivos en un procedimiento contradictorio en la perspectiva de resolver si se considera quebrantada la condena o procede elaborar un nuevo plan).

Iniciado el trabajo o actividad concertada con la entidad receptora o destinataria del penado para la prestación laboral, recordamos que no será retribuida, pero conllevará la indemnización al penado de los gastos de transporte y manutención, en su caso, tal y como establece el art. 6.3 del RD 515/05 "3. La realización del trabajo no será retribuida, pero el penado será indemnizado por la entidad a beneficio de la cual sea prestado el trabajo por los gastos de transporte y, en su caso, de manu-

tención, salvo que estos servicios los preste la propia entidad, respetando, en todo caso, los términos del convenio con la Administración penitenciaria".

La entidad receptora (Administración Penitenciaria, Administraciones públicas, entidades públicas o privadas, e incluso cualquier organismo o institución en casos excepcionales) podrá asumir la prestación o ejecución ("efectivo cumplimiento"), así el art. 4.1 del RD 515/05 "En este caso, estas Administraciones o entidades podrán asumir las funciones de gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, sin perjuicio de la supervisión de la Administración penitenciaria." En esta línea de seguimiento y control, el art. 7.1 del RD establece que "1. Durante el cumplimiento de la condena, el penado deberá seguir las instrucciones que reciba del juez de vigilancia penitenciaria y de los servicios sociales penitenciarios y las directrices de la entidad para la que preste el trabajo". Por su parte el apartado 2 establece "2. Los servicios sociales penitenciarios comprobarán con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena, así como el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto; a tal fin, mantendrán contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo y adoptarán, en su caso, las medidas procedentes". Por lo tanto, durante la ejecución de la pena intervienen tres órganos: el judicial, la Administración Penitenciaria y la entidad receptora del penado, con sus respectivas funciones de dirección, control y supervisión.

Como incidencia previsible, puede ocurrir que durante la ejecución de la pena el condenado falte a su compromiso de prestar la labor encomendada. Habrá que distinguir entre ausencias justificadas e injustificadas.

El art. 49.7 del CP establece "Si el penado faltara al trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que deberá hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto". Por seguridad jurídica, no habría

estado de más una mayor concreción y desarrollo de lo que debe entenderse por "ausencia justificada", no obstante por vía analógica o supletoria, podría acudir a la normativa laboral sobre el particular, criterio acogido por la Circular de la FGE 2/2004 de 22 de diciembre, que remite tanto a la legislación laboral como a la doctrina emanada de la jurisdicción social sobre este punto en relación con los trabajadores por cuenta ajena.

En cuanto a las ausencias injustificadas se consideran incumplimiento.

Verificado el cumplimiento de las jornadas de trabajo, los servicios sociales penitenciarios informarán al juez de vigilancia penitenciaria de tal extremo a los efectos oportunos (art. 10 del RD), que no pueden ser sino la comunicación de tal cumplimiento al Juez que tramita la ejecutoria y el archivo del expediente abierto en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Un supuesto específico se prevé en el art. 7.3 del RD 515/05 para cuando en el supuesto de sustitución de penas regulado en el art. 88.1 del Código Penal, en el que se le hubiera impuesto, junto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la obligación de seguir un programa específico de reeducación y tratamiento psicológico. En este caso se prevé una específica coordinación que también compete a los servicios sociales penitenciarios, con el centro, institución o servicio específico para la realización de dicho programa, de forma compatible con el cumplimiento de la pena. Estos realizarán el pertinente seguimiento del programa del que informarán oportunamente al juez de vigilancia penitenciaria.

C) *Específica referencia a los problemas que plantean los incumplimientos en sus distintas modalidades*

Ya he hecho referencia en este trabajo a diversos supuestos en que el penado refleja su disconformidad con el concreto contenido del TBC a que ha sido condenado, Es momento de vol-

ver a detenernos en ellos, pues son la casuística diaria en que nos vemos inmersos.

Ya nos referíamos a aquellos supuestos en los que habiéndose condenado al penado a trabajos en beneficio de la comunidad en sentencia, sin que éste haya mostrado su conformidad en ningún momento, éste no consiente posteriormente, y por lo tanto se niega a cumplir la pena. La específica naturaleza de esta pena impide la solución normal al resto de las penas: imposición coactiva por el Estado. En este caso ello no es posible dada la prohibición constitucional de los trabajos forzosos.

En estos casos entiendo que dado que el penado no lo ha consentido y ni la sentencia ni la ley prevén ninguna alternativa a la pena no consentida, nos hallamos ante un delito declarado probado en sentencia condenatoria que queda sin sanción.

Evitar estos supuestos supone impedir que se imponga la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sin que conste tal consentimiento, o establecer, tal y como recoge el Protocolo de Alicante, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad junto con una pena alternativa.

El Protocolo de Alicante, equipara los supuestos de falta de consentimiento a los del consentimiento meramente formal, prestado antes del conocimiento efectivo del contenido del TBC a que ha sido condenado, indicando que: "...conduciría directamente a la ejecución de la pena alternativa fijada en sentencia, de manera que la insatisfactoria solución de la deducción de testimonio por quebrantamiento de la pena quedaría reservada a los supuestos de incumplimiento producido tras el inicio de la ejecución de los trabajos (Art. 49.6.^a, inciso final)". Con relación a esta solución, lo cierto es que entender que sólo hay quebrantamiento cuando la ejecución ya se ha iniciado y en los demás casos sólo se procede a la ejecución de la pena alternativa, entiendo que carece de justificación, puesto que también sería posible que en los supuestos de incumplimiento una vez iniciada la ejecución, que se procediera, una vez deducidos los días cumplidos, a la ejecución de la pena alternativa. Sin

embargo, lo cierto es que la solución propuesta en la Protocolo, parece cuanto menos justa.

Ahora bien, si se ha impuesto la pena de trabajos en beneficio de la comunidad con el consentimiento del penado, pero sin recoger ninguna pena alternativa, entiendo que si el penado decide a la vista del concreto contenido, que no consiente a realizar los TBC, la única respuesta que cabe es deducir testimonio por delito de quebrantamiento de condena, puesto que el consentimiento prestado antes de la imposición de la pena, con independencia de que se haya consentido o no el concreto plan de ejecución, es suficiente para entender que se ha cometido el delito.

Si lo que ha sucedido son faltas de presentación al TBC que exceda de las ausencias justificadas a que nos referíamos antes, queda claro que existe un delito de quebrantamiento de condena y procederá la deducción de testimonio. La Circular de la FGE 2/2004 de 22 de diciembre se plantea si además procede exigir el cumplimiento de las jornadas que no se han prestado indicando que "*...en estos supuestos la respuesta del ordenamiento debe agotarse con la incoación de nueva causa por quebrantamiento. Lo esencial del consentimiento del penado en la imposición y ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad excluyen cualquier otra interpretación. Por lo demás esta interpretación deriva del propio texto del art. 49, que refiere que el Juez de Vigilancia Penitenciaria una vez analizado el informe de la entidad en la que se prestan los servicios podrán optar por acordar su ejecución en el mismo centro o entender que el penado ha incumplido la pena y que en el caso de incumplimiento se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el art. 468. Por lo tanto, el legislador ordena al Juez optar –alternativamente y no acumulativamente– bien por reanudar el cumplimiento (si llega a la conclusión de que no hay propiamente quebrantamiento) o por deducir testimonio (si llega a la conclusión de que hay indicios de delito)".*

En aquellos supuestos en los que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sea pena sustitutiva de otra, hay que

determinar si el incumplimiento conlleva únicamente el cumplimiento de la pena principal o si también supone un quebrantamiento de condena. Existe jurisprudencia en ambos sentidos. Así una línea jurisprudencial entiende que el efecto del incumplimiento es tanto el cumplimiento de la pena principal como la comisión de un delito de quebrantamiento de condena (11). Sin embargo otra corriente jurisprudencial entiende que el efecto del incumplimiento es única y exclusivamente la vuelta a la pena principal (12).

(11) Entiendo que es la interpretación más acertada y que a su vez es la mantenida por la sentencia de la Sección 1.^a de la AP de Burgos, de 25 de enero de 2002, (referencia Aranzadi JUR 2002/74014), y la de la AP de Barcelona, Sección 3.^a, Sentencia de 20 de marzo de 2000, (referencia El Derecho 2000/13717): "Como de la simple lectura del pfo. 3 del art. 88 del Código, se desprende, en tal precepto se establecen las consecuencias que en orden al cumplimiento de la pena sustitutiva, se producen en los supuestos de incumplimiento o quebrantamiento de ésta, mas es obvio que la pena sustitutiva, en los supuestos en que resulte quebrantada, puede constituir el ilícito previsto en el art. 468 del CP, del mismo modo todo incumplimiento o quebrantamiento de una pena lleva aparejada, junto con la sanción penal a tal conducta en cuanto hecho en sí penalmente típico, diversas consecuencias en orden al cumplimiento de la pena quebrantada, a la continuación del cumplimiento o a la agravación de las condiciones de tal cumplimiento. El art. 88.3, por lo expuesto, establece las consecuencias que, el quebrantamiento de la condena de la pena sustitutiva, produce en el cumplimiento de esta pena. Las consecuencias jurídico penales de la comisión del hecho tipificado penalmente como delito de quebrantamiento de condena son las establecidas en el art. 468. Acreditado dicho quebrantamiento, en su caso, resultará aplicable lo dispuesto en el art. 88 citado".

(12) Es la Sentencia de 30 de octubre de 2002 de la Sección 8.^a de la AP de Asturias, (referencia Aranzadi ARP 2002/708): "El delito de quebrantamiento de condena no viene expresamente previsto por el legislador para el supuesto de incumplimiento de una pena sustitutiva, por lo que en estos casos, lo único que sucede es que se pierde el beneficio concedido en favor del reo, ya que en las penas previstas en la ley para desempeñar esta función de sustitución, en ningún caso se contempla la posibilidad de que su incumplimiento desemboque en el delito de quebrantamiento, sino que lo único que sucede es que a resultas de este incumplimiento se pierde el beneficio obtenido a través de la sustitución punitiva por lo que en estos casos, la consecuencia será sin más el cumplimiento de la responsabi-

Por su parte la Circular FGE 2/2004 es clara en este aspecto al recoger esta última teoría, estableciendo "no procederá la deducción de testimonio por quebrantamiento si los trabajos son pena sustitutiva de la prisión, pues en este caso el art. 82 prevé para el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustituida la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta. Tampoco procederá deducir testimonio cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se hubieran impuesto como sustitutivos de la privación de libertad impuesta por impago de multa. En este supuesto y por analogía con el anterior, la consecuencia del incumplimiento debe ser la de retorno a la pena principal con la consiguiente privación de libertad en concepto de responsabilidad personal subsidiaria".

Por último hay que hacer mención a los supuestos recogidos por el art. 49.6 del CP, precepto que establece: "Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

dad personal pendiente por el impago de la multa, ya que en definitiva, en aplicación del principio de legalidad que rige en la fase de ejecución por imperio del art. 2 y 3 del C. Penal, entendemos que el contenido del art. 88.3, agota sus efectos en las consecuencias que en el mismo se establecen es decir a penas impuestas como principales ("inicialmente impuestas"), pero no puede extender sus efectos a supuestos de penas sustitutivas en una interpretación analógica contraria al reo, proscrita en nuestro Derecho penal. En igual sentido se pronuncia la doctrina al estudiar el contenido y alcance del art. 88.3 del Código Penal afirmándose que el incumplimiento de las penas sustitutivas no da lugar al delito de quebrantamiento de condena (Vd. Cándido CONDE PUMPIDO FERREIRO. Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia Tomo I y Comentarios al Código Penal de 1995, coordinado por Tomás Vives Antón (Tirant lo Blanch), y alguna Audiencia Provincial como la de Jaén, Sección 2.^a en sus sentencias de fechas 5-3-2002 y 4-2-2000)".

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de manera reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuera tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el art. 468.

Antes de la reforma esto no venía regulado por el CP sino que venía regulado, aunque de manera escasa, por el RD 690/96, provocando inseguridad jurídica el hecho de que no se indicaran cuantas ausencias eran necesarias, lo que queda resuelto por el art. 49.6.a) que exige al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario.

Sigue siendo muy poco concreto el concepto del apartado b) "rendimiento sensiblemente inferior al exigible... a pesar de los requerimientos del responsable", sobre todo si tenemos en cuenta los TBC se hallan al margen de la actividad profesional laboral.

En cuanto a la letra c): oposición a las instrucciones que le dé el responsable de la actividad es criticable la poca objetividad. Así las expresiones "reiteración" y "manifiesto" incluyen relatividad, por ello sólo acudiendo al estudio del caso puntual estaremos en condiciones de concretar los mismos.

Por último la letra d): negativa del responsable del centro a continuar con el penado en los TBC, revela tal grado de inseguridad jurídica que resulta muy peligrosa. A pesar del control

judicial, deja en manos del "responsable" un poder y dominio sobre el penado desproporcionado e injustificado. Con relación a este apartado del art. 49 del CP la Circular de la F.G.E. 272004 de 22 de diciembre establece "A la hora de interpretar la operatividad que debe concederse a las incidencias relevantes de la ejecución de la pena previstas en la regla 6.ª del art. 49 y que obligan a los servicios sociales penitenciarios a comunicarlas al Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de partirse de que no son reglas que constriñan la valoración que compete hacer al Juez de Vigilancia, por lo que no puede hacerse ningún reparo de legalidad a los términos amplios e indeterminados de alguna de ellas (singularmente la contenida en la letra d que se refiere a los supuestos en los que por cualquier otra razón no contemplada en las restantes reglas, la conducta del penado fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro). En definitiva no puede mantenerse que este precepto esté regulando en realidad los presupuestos del hecho punible del quebrantamiento de condena sino que simplemente incorpora supuestos en los que es obligado analizar si efectivamente nos encontramos ante un quebrantamiento".

En el supuesto que durante la ejecución de la pena el condenado deba ingresar en prisión por la comisión de otro hecho delictivo, bien con carácter preventivo o para cumplimiento, por aplicación del art. 75 del CP será necesario cumplir primero la prisión, lo que nos impide continuar con los trabajos al ser incompatibles. Sin embargo esta conclusión debe matizarse. El art. 26 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) nos señala las condiciones del trabajo de los internos y más concretamente el art. 27 LOGP que regula la modalidades de trabajo que pueden realizar los internos: "El trabajo que realicen los internos, dentro o fuera de los establecimientos, estará comprendido en alguna de las siguientes modalidades: a) Las de formación profesional, a las que la Administración dará carácter preferente. b) Las dedicadas al estudio y formación académica. c) Las de producción de régimen laboral o mediante fôr-

mulas cooperativas o similares de acuerdo con la legislación vigente. d) Las ocupacionales que formen parte de un tratamiento. e) Las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento. f) Las artesanales, intelectuales y artísticas. 2. Todo trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado y se desarrollará en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigente". Con relación a este asunto la derogada CDGIP 1/2004, señalaba que los puestos de TBC que ofertara la Administración Penitenciaria deben estar situados en "los recintos exteriores". En atención a lo señalado por la anterior normativa habrá que concluir que *mientras los internos están cumpliendo la pena de prisión dentro de un centro penitenciario no es posible el cumplimiento simultáneo de una pena de prisión y una pena de TBC.* Pero nos podemos preguntar si un condenado a una pena de prisión que esté clasificado en tercer grado con la modalidad que fija el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario (RP), o incluso un liberado condicional, si podrían cumplir simultáneamente la pena de prisión y una pena de TBC. Creo que es posible dar una contestación afirmativa y aunque es cierto que en ambos casos sigue existiendo una relación de sujeción especial entre el interno y la Administración Penitenciaria; los condenados en su *tiempo de ocio* y siempre que el interno (que tiene la modalidad de vida del art. 86.4 RP) cumpla con las condiciones fijadas por la Administración Penitenciaria o con las reglas de conducta impuesta en el auto de concesión de la libertad condicional (el liberado condicional), se podría cumplir simultáneamente la pena de TBC y la de prisión, pues aunque los condenados siguen cumpliendo una pena de prisión, ésta no se materializa dentro de un centro penitenciario, además el fin principal perseguido por ambas penas es conseguir la resocialización del condenado.

También cabe plantearse qué ocurre en aquellos supuestos en los que habiendo sido condenado el penado a pena de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad, se haya previsto en sen-

tencia que la pena de prisión sea sustituida por expulsión del territorio nacional. En este caso parece que lo más prudente es esperar a que la expulsión se ejecute o se ponga de manifiesto la imposibilidad de ejecución, puesto que en caso de que se ejecute, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad deviene de imposible cumplimiento.

VII. APÉNDICE

Las prestaciones en beneficio de la comunidad reguladas en la LO 5/2000, tienen ya un arraigo importante en su práctica, de forma que las estadísticas de la FGE arrojan 4.121 supuestos desarrollados en esta jurisdicción en el año 2004 (últimas estadísticas estatales de que se disponen). Partiendo de la base de 17.036 expedientes en ejecución, esta medida supone el 24,18% de las utilizadas por los Juzgados de Menores, porcentaje que se halla a más que notoria distancia al uso en la Justicia de Mayores.

La regulación de esta medida llevada a cabo por el RD 1774/2004 de 30 de julio (Reglto de la LO 5/2000 de 12 de enero), se lleva a cabo en el art. 20:

Art. 20. Prestaciones en beneficio de la comunidad

1. *La entidad pública es la responsable de proporcionar las actividades de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad, para la ejecución de la medida, sin perjuicio de los convenios o acuerdos de colaboración que al efecto haya suscrito con otras entidades públicas, o privadas sin ánimo de lucro.*

2. *Las actividades a las que hace referencia el apartado anterior reunirán las condiciones siguientes:*

a) *Han de tener un interés social o realizarse en beneficio de personas en situación de precariedad.*